

der Telekommunikation wenigstens in gewissem Umfang zulassen muß. Sonst ergäbe sich in der Tat ein schlechthin unerträglicher Zustand, wie den Befürwortern einer solchen Datenverarbeitung bereits de lege lata zuzugeben ist. Die h. M. würde in der polizeilichen Praxis einer paralegalen bzw. parakonstitutionellen Datenverwendung Tür und Tor öffnen und damit der rechtsstaatswidrigen Vorstellung Vorschub leisten, der Zweck heilige die Mittel. Die neue Rechtsprechung des *BVerfG* zu den Grenzen einer Fernmeldeüberwachung durch den Bundesnachrichtendienst dürfte hier weit über den entschiedenen Fall hinausreichend eine Signalwirkung für eine rechtsstaatliche Ausgestaltung des Datenschutzes beinhalten, die einerseits den Erfordernissen des Art. 10 GG Rechnung trägt, andererseits aber auch den staatlichen Schutzpflichten gegenüber den potentiellen Opfern einer schwerstkriminellen genügt.

Bei der Ausgestaltung der neu zu schaffenden polizeirechtlichen Regelungen über die Verwendung von Daten aus einer strafprozessualen Überwachung der Telekommunikation sollte man unter Berücksichtigung der Grundsätze, die das *BVerfG* in seiner Rechtsprechung zur nachrichtendienstlichen Überwachung der Telekommunikation anklingen ließ, die Verwendung der aus einer Überwachung der Telekommunikation stammenden Daten nur in engem Rahmen zum Schutze besonders hochwertiger Rechtsgüter bzw. – in Anlehnung an § 39 III 1 NdsGefAG – zur Verhütung von Straftaten zulassen, die mit denen vergleichbar sind, welche zu der strafprozessualen Überwachung der Telekommunikation geführt haben. Jedenfalls muß es sich aber um Straftaten

von erheblicher Bedeutung⁴⁷ handeln⁴⁸. Die Strafverfolgungsbehörden sind nach Schaffung entsprechender landespolizeirechtlicher Grundlagen für eine Umwidmung nach § 481 I 2 StPO⁴⁹ nicht nur berechtigt, aus dem Strafverfahren resultierende personenbezogene Informationen mit gefahrenabwehrrechtlicher Relevanz an die Polizeibehörde zu übermitteln. Wie sich im Wege verfassungskonformer Auslegung ergibt, ist vielmehr dort, wo in den Landespolizeigesetzen beim Vorliegen qualifizierter Gefahrenlagen eine Verwendung der aus einer strafprozessualen Überwachung der Telekommunikation herrührenden Daten zum Zwecke der Gefahrenabwehr vorgesehen ist, im Hinblick auf die grundrechtlichen Schutzpflichten von einer grundsätzlichen Übermittlungspflicht auszugehen, ohne welche die landespolizeirechtlichen Regelungen (partiell) leerlaufen müßten.

⁴⁷ Die Straftat von erheblicher Bedeutung dient auch sonst in den Polizeigesetzen vielfach als Anknüpfungspunkt für qualifizierte Eingriffe (vgl. z. B. § 18 II Nr. 1a HSOG; §§ 16 I Nr. 2; § 17 I Nr. 2; 18 I Nr. 2; § 19 I Nr. 2; 20 I Nr. 2; 21 I Nr. 2 NWPolG).

⁴⁸ Auf die in § 481 I StPO geregelte Informationsübermittlung an die Polizei findet die Vorschrift des § 477 II 2 StPO, nach der eine Informationsübermittlung nur zur Abwehr von erheblichen Gefahren zulässig ist, keine Anwendung, da, wie § 477 II 4 StPO klarstellt, § 481 StPO insoweit lex specialis ist (vgl. Pfeiffer, StPO, 3. Aufl., 2001, § 477, Rdnr. 3).

⁴⁹ Durch die Vorschrift des § 481 I 2 StPO werden etwaige landespolizeirechtliche Bestimmungen verdrängt, die eine Übermittlung personenbezogener Informationen durch die Strafverfolgungsbehörden an die Polizei zum Gegenstand haben. Deshalb kann etwa § 22 I HSOG jedenfalls nach dem StVAG nicht mehr auf eine solche Übermittlung Anwendung finden.

Dr. Peter Jung, Universität Freiburg i.Br.

Individualschutz durch Wirtschaftsgrundrechte im Gesellschaftsrecht

Zahlreiche Entscheidungen des *BVerfG* belegen den Einfluß der Wirtschaftsgrundrechte auf das Gesellschaftsrecht¹. Der Beitrag faßt die verschiedenen Formen dieser „Ausstrahlungswirkung“ zusammen und behandelt Fragen des Schutzes von Gesellschaftern durch Wirtschaftsgrundrechte. Gesellschaftsrechtlich relevante Grundrechtsgewährleistungen zugunsten der Gesellschaft bleiben außer Betracht².

A. Die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Gesellschaftsrecht

Diese Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Gesellschaftsrecht beruht nicht nur auf der Bindung von gesellschaftsrechtlicher Gesetzgebung und Rechtsprechung an die

Grundrechte, sondern auch auf deren ausnahmsweiser subjektiver und generell objektiver Geltung für die beteiligten Gesellschafter und Gesellschaften.

I. Zivilgesetzgebung und Grundrechte

Die Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte ist in Art. 1 Abs. 3 GG festgeschrieben. Sie ist ein besonderer Ausdruck des Vorrangs der Verfassung vor dem einfachen Gesetz und besteht nach zutreffender Ansicht nicht nur für die öffentlich-rechtliche, sondern in gleichem Maße auch für die privatrechtliche Gesetzgebung³. Im Bereich der Umsetzung von EG-Richtlinien, in dem die Geltung des Art. 1 Abs. 3 GG noch nicht abschließend geklärt ist⁴, kann ebenfalls nicht von einem grundrechtsfreien Gestaltungsspielraum des deutschen Gesetzgebers gesprochen werden. Denn auch bei

¹ Siehe *BVerfGE* 4, 7, 25 f.; 14, 263 ff. (Feldmühle); 25, 371, 407 f.; 50, 290 ff. (Mitbestimmungsgesetz); *BVerfG*, 25. 10. 1989 – 1 BvR 1499/87; *BVerfG* ZIP 1990, 228, 229; *BVerfGE* 100, 289 ff. = JZ 1999, 942 m. Anm. Luttermann; *BVerfG* ZIP 1999, 1804 ff.

² Siehe dazu nur Wiedemann, Gesellschaftsrecht Bd. 1, 1980, S. 687 ff.; Scholz, in: *Maunz-Dürig* GG Art. 9 Rn. 43 und Art. 12 Rn. 108 sowie eingehend für Art. 12 Abs. 1 GG Nicolini, Die Berufsfreiheit von Gesellschaften im Unternehmensrecht, 2001.

³ Siehe nur *BVerfGE* 14, 263 ff.; 31, 58, 72 f.; 50, 290, 338; Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988, S. 27; Canaris, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 11 ff.; Hager JZ 1994, 373, 374 f.; Stern, Staatsrecht III/1, 1988, S. 1565 ff.; krit. allerdings unter Hinweis auf den Schutz der ausdifferenzierten Zivilrechtsdogmatik und die Besonderheiten des zivilrechtlichen Gleichordnungsverhältnisses Diederichsen AcP 198 (1998), 171, 218 ff., 230 ff. und 243 ff. sowie Kopp, in: Festschrift für Wilburg, 1975, S. 141, 149.

⁴ Siehe dazu *BVerfGE* 30, 292; *BVerfG* EuR 1989, 270, 273.

Geltung eines allgemeinen Vorrangs des sekundären Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Verfassungsrecht⁵, den das *BVerfG* in der sog. „Solange-II“-Entscheidung bislang nur für das unmittelbar in den Mitgliedstaaten geltende Verordnungsrecht anerkannt hat⁶, würde die nationale Grundrechtsgeltung durch eine europarechtliche Bindung an die EMRK und die gemeineuropäischen Grundrechte (Art. 6 Abs. 2 EUV) ersetzt werden⁷.

Der Zivilgesetzgeber kann in die Grundrechte eines Gesellschafters nicht nur durch zwingende, sondern auch durch dispositive Normen⁸ sowie durch ein Unterlassen der Beseitigung grundrechtswidriger Zustände oder die Mißachtung seiner Pflicht zur grundrechtsfördernden Ausgestaltung der Privatrechtsordnung⁹ eingreifen. Es gibt allerdings kaum Grundrechte, die einen bestimmten Gesetzesinhalt vorschreiben¹⁰. Gerade die gesellschaftsrechtlich besonders relevanten Wirtschaftsgrundrechte stehen unter verhältnismäßig weitreichenden Schrankenvorbehalten (Art. 2 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG) oder werden erst durch den Zivilgesetzgeber in ihrem Inhalt näher bestimmt (Art. 9 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG)¹¹. Angesichts der sehr unterschiedlichen Voraussetzungen und Interessen mehrerer Beteiligten kommt es im Gesellschaftsrecht zu ausgesprochen vielschichtigen Grundrechtskollisionen¹², so daß bei der Weite der von den Beteiligten ins Feld zu führenden Grundrechte, deren Wesensgehalt nur selten betroffen ist, regelmäßig mehrere Lösungen als grundrechtskonform gelten können. Allerdings ist die Gewährung und Beschränkung privatrechtlicher Freiheiten ein Verteilungsproblem, das der Gesetzgeber austarierend lösen muß, indem er weder die Freiheitsbeschränkung noch den Freiheitsschutz unverhältnismäßig aus gestaltet¹³. Er hat sich in einem Rahmen zu bewegen, der

ihm im Hinblick auf Eingriffe in Freiheitsrechte durch das Übermaßverbot (Eingriffsverbot) und im Hinblick auf die Wahrnehmung von Schutzpflichten durch das Untermaßverbot (Schutzgebot) gesetzt wird. Das Übermaßverbot gebietet dem Gesetzgeber, nur durch eine für den verfolgten Zweck geeignete, erforderliche und verhältnismäßige Norm in Grundrechte einzugreifen¹⁴. Aufgrund des Untermaßverbots muß der Gesetzgeber zur Erfüllung seiner Schutzpflicht ausreichende Maßnahmen normativer Art ergreifen, um unter Berücksichtigung der Art und der Ranghöhe der auf beiden Seiten betroffenen Rechtsgüter, der Gefährdungsintensität sowie der Fähigkeit des Gefährdeten zum Selbstschutz einen wirksamen und angemessenen Schutz der Grundrechte zu gewährleisten¹⁵.

Der Zivilgesetzgeber hat daher bei der konkretisierenden Umsetzung der Grundrechtsprinzipien in das Gesellschaftsrecht¹⁶ und der dabei zwischen den privaten Interessen regelmäßig vorzunehmenden Abwägung¹⁷ einen in seiner Weite von der Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter abhängigen¹⁸ relativ großen Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum. So steht es ihm frei, ein Privatrechtssubjekt wie z. B. einen Mehrheitsgesellschafter weniger stark zu belasten, als er es nach der Grenze des Übermaßverbots könnte, solange er nicht auf der anderen Seite einen durch die Grundrechte gebotenen Schutz eines anderen Privatrechtssubjekts wie z. B. eines Minderheitsgesellschafters unverhältnismäßig vernachlässigt. Ebenso kann der Gesetzgeber die Fürsorge des Schwächeren über das gebotene Mindestmaß hinaus ausgestalten, sofern er dadurch nicht in die Freiheitsrechte eines anderen übermäßig eingreift¹⁹. Nur selten wird sich der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers derart verengen, daß allein durch eine einzige Maßnahme der Schutzpflicht Genüge getan werden kann²⁰. Auch eine optimale Problemlösung wird von ihm nicht verlangt²¹. Der Gesetzgeber kann sich zudem damit begnügen, eine generell grundrechtskonforme Privatrechtsordnung zur Verfügung zu stellen²². Die Tatsache, daß eine gesetzliche Regelung im Einzelfall einen grundrechtswidrigen Mißbrauch ermöglicht, begründet für sich genommen noch keine Grundrechtsverletzung, sofern sich der Betroffene gegen den Mißbrauch verfahrensmäßig und inhaltlich etwa mit einer auf die mißbräuchliche Ausnutzung der Mehrheitsmacht gestützten Anfechtungsklage hinreichend zur Wehr setzen kann²³. In diesen Fällen kommt

⁵ Dafür etwa *Everling* EuR 1990, 195, 213; *Tomuschat* EuR 1990, 340, 344 f.; für eine Bindung an die deutschen Grundrechte bei der Richtlinienumsetzung als einem Akt deutscher Staatsgewalt nach Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG hingegen *Di Fabio* NJW 1990, 947, 952 f. und *Friauf* GmbH 1991, 397, 401; vermittelnd *Streinz*, Bundesverfassungsrechtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1989, S. 253 f. (Einbeziehung der europarechtlichen Belange in die Verhältnismäßigkeitsprüfung von Grundrechtseingriffen).

⁶ *BVerfGE* 73, 339, 387 = JZ 1987, 236, 241 m. Anm. *Rupp*.

⁷ Zur Anerkennung von Grundrechten auf der Basis der nationalen Verfassungstraditionen und der EMRK siehe auch *EuGH*, Slg. 1974, 491, 507 (Eigentumsgarantie und Berufsfreiheit) und Slg. 1989, 2859, 2923 (rechtliches Gehör); zum Text bzw. zum Status der Charta der Grundrechte der Europäischen Union siehe die Proklamation 2000/C 364/01 ABl. v. 18. 12. 2000, S. 1 ff. (Garantie der Berufs-, Unternehmer- und Eigentumsfreiheit in Art. 15 ff.) bzw. die Mitteilung KOM (2000) 644 endg. sowie *C. Callies* EuZW 2001, 261 ff.

⁸ Zum Grundrechtseingriff durch dispositive Normen näher *Canaris* AcP 184 (1984), 201, 213 ff.

⁹ *BVerfGE* 81, 242, 261 = JZ 1990, 691, 694 m. Anm. *Wiedemann*; 89, 214, 233 f. = JZ 1994, 408, 409 f. m. Anm. *Wiedemann*; *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 487 f.; v. *Falkenhausen*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Mehrheitsherrschaft nach dem Recht der Kapitalgesellschaften, 1967, S. 5; zum Verhältnis von Schutzpflicht und Privatautonomie *Dürig*, in: Festschrift für Nawiasky, 1956, S. 157, 168; *Rüfner*, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. von *Isensee/Kirchhof*, Bd. V (HStR V), 2. Aufl., 2000, § 117 Rn. 78; *Isensee*, HStR V (2000) § 111 Rn. 131; *Hillgruber* AcP 191 (1991), 69, 75 f. und 85; zur pflichtenbegründenden Rolle der Institutsgarantien siehe nur *E. W. Böckenförde* Der Staat 29 (1990), 1, 12 und *Stern* (Fn. 3), S. 1570.

¹⁰ *BVerfGE* 96, 56, 64 = JZ 1997, 777, 778 f. m. Anm. *Starck*; *Stern* (Fn. 3), S. 1262; *E. W. Böckenförde* Der Staat 29 (1990), 1, 13; krit. daher *Diederichsen* AcP 198 (1998), 171, 220 ff.

¹¹ Dazu näher *E. R. Huber* DÖV 1956, 135 ff.

¹² So für das Großunternehmen auch *Püttner* DÖV 1976, 433 und *Raiser* JZ 1979, 489, 493.

¹³ *BVerfGE* 81, 242, 261 = JZ 1990, 691, 694 m. Anm. *Wiedemann*; 50, 290, 338; *Hermes* NJW 1990, 1764, 1768; *Hager* JZ 1994, 373, 381; *Canaris* AcP 184 (1984), 201, 227 f.; *Wahl/Masing* JZ 1990, 553, 556; *Höfling*, Ver-

tragsfreiheit, 1991, S. 54; *Ossenbühl* AöR 115 (1990), 1, 8; zum Ausgleich zwischen Mehrheits- und Minderheitsinteressen im Aktienrecht v. *Falkenhausen* (Fn. 9), S. 6 und passim; krit. zur Funktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Privatrecht *Diederichsen* AcP 198 (1998), 171, 252 ff.

¹⁴ Zur st. Rspr. siehe nur *BVerfGE* 21, 150, 155 = JZ 1967, 357 f.; ferner *Isensee* (Fn. 9), Rn. 84 m. w. N.

¹⁵ *BVerfGE* 88, 203, 261 f. = JZ 1993, Anh. nach S. 1172, dazu *Starck*, S. 816; 89, 214, 232 = JZ 1994, 408, 409 m. Anm. *Wiedemann*; *Canaris* JuS 1989, 161, 163; *Stern* (Fn. 3), S. 1576; zum Untermaßverbot auch *Canaris* AcP 184 (1984), 201, 228 und *Isensee* (Fn. 9), Rn. 90.

¹⁶ Dazu generell für das Privatrecht *E. W. Böckenförde* Der Staat 29 (1990), 1, 24 f.; *Stern* (Fn. 3), S. 1261.

¹⁷ Dazu *BVerfGE* 89, 214, 232 = JZ 1994, 408, 409 m. Anm. *Wiedemann*; *BVerfGE* 81, 242, 255 = JZ 1990, 691, 692 m. Anm. *Wiedemann*; 96, 56, 64 f. = JZ 1997, 777, 778 f. m. Anm. *Starck*; *Canaris* AcP 184 (1984), 201, 215; *Götz*, in: Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte – Göttinger Kolloquium 1990, S. 35, 79 f.

¹⁸ *BVerfGE* 88, 203, 262 = JZ 1993, Anh. nach S. 1172, dazu *Starck*, S. 816; *Alexy* (Fn. 9), S. 427.

¹⁹ *Hager* JZ 1994, 373, 379; *Canaris* JuS 1989, 161, 163; *ders.* (Fn. 3), S. 84 f.

²⁰ *BVerfGE* 77, 170, 214 f.; 39, 1, 46 f. = JZ 1975, 205, 209 m. Anm. *Kriele*; *Wahl/Masing* JZ 1990, 553, 559; *Isensee* (Fn. 9), Rn. 90.

²¹ *Medicus* AcP 192 (1992), 35, 60 f.

²² *Stern* (Fn. 3), S. 1576.

²³ *BVerfGE* 14, 263, 275; *Stern* (Fn. 3), S. 1576; *Kronstein* BB 1960, 221,

dann allenfalls eine Verknennung der Grundrechte durch den Zivilrichter in Betracht.

Die gesetzgeberische Abwägungsentscheidung zwischen den beteiligten privaten und öffentlichen Interessen ist im wesentlichen justiziabel²⁴. Da es hierbei jedoch auch um die nicht durch eine einfache Regel zu lösende Frage der Kompetenzabgrenzung zwischen dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber und dem *BVerfG* geht²⁵, wendet das *BVerfG* insbesondere im Zusammenhang mit der Wahrnehmung von Schutzpflichten einen flexiblen Kontrollmaßstab an, der sich von einer bloßen Evidenzkontrolle²⁶ über eine Vertretbarkeitskontrolle²⁷ bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle²⁸ erstreckt. Die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle ist besonders ausgeprägt, wenn bedeutsame Grundrechte betroffen sind²⁹, schwere und strukturelle Grundrechtseingriffe vorliegen³⁰, ein klarer Grundgesetzauftrag besteht³¹ oder ein gewichtiger Verstoß gegen den Gleichheitssatz zu beheben ist³². Hinzu kommt gegebenenfalls die Pflicht des Gesetzgebers zur Nachbesserung, wenn seine Prognosen sich als unzutreffend herausstellen³³.

II. Privatrechtsprechung und Grundrechte

Als Träger staatlicher Gewalt ist auch der Zivilrichter hinsichtlich der Verfahrensgestaltung³⁴ und des Entscheidungsinhalts³⁵ an die Grundrechte gebunden (Art. 1 Abs. 3 GG). Die inhaltliche Bindung des Zivilrichters an die Grundrechte weist im Vergleich zu derjenigen des Zivilgesetzgebers jedoch die Besonderheit auf, daß für ihn vorrangig eine Bindung an die verfassungsrechtlich geschützte privatautonome Rechtsgestaltung der Parteien, die Entscheidungen des demokratisch legitimierten Zivilgesetzgebers sowie gegebenenfalls an Präjudizien besteht. Der Umstand, daß die Grundrechte für die Zivilgerichte lediglich vermittelt über die privaten Rechtsakte und Gesetze, im Zusammenspiel mit diesen oder durch deren ausnahmsweise Verdrängung eine Bedeutung erlangen³⁶, bietet den Vorteil, daß eine gesellschaftsrechtliche Norm oder Vereinbarung erst einmal im System ihres traditionellen und detailliert ausgestalteten privatrechtlichen Umfelds betrachtet wird³⁷.

Für den Zivilrichter bedeutet dies zunächst, daß er zu einer unmittelbaren Beachtung der Grundrechte nur in den Fällen aufgerufen ist, in denen die privatautonome oder die gesetzliche Regelung Lücken aufweisen³⁸. So hat er im Rahmen der Rechtsfortbildung und bei der Anwendung der inhaltlich wenig aussagekräftigen zivilrechtlichen Generalklauseln auf die objektiven Wertentscheidungen der Grundrechte zurückzugreifen³⁹. Im Gesellschaftsrecht gilt dies namentlich für den Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung und die Treuepflicht der Gesellschafter. Der Zivilrichter kann dabei auch dazu verpflichtet sein, in Erfüllung einer vom Gesetzgeber nicht oder nicht hinreichend wahrgenommenen Schutzpflicht oder zum Ausgleich einer sozialen Übermacht in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen einer Partei einzugreifen⁴⁰. So kann auch die richterliche Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen oder von Mehrheitsbeschlüssen durch die Grundrechte geboten sein⁴¹.

Ist der Zivilrichter im übrigen der Ansicht, daß die von ihm zu berücksichtigende privatautonome gestaltete oder zivilgesetzlich geschaffene Regelung nicht im Einklang mit der Verfassung steht, kann und muß er zunächst versuchen, durch eine sorgfältig zu begründende⁴² verfassungskonforme Auslegung oder Analogien einen Grundrechtsverstoß zu vermeiden⁴³. Dabei würde er allerdings die Privatautonomie über Gebühr beeinträchtigen, wenn er eine rechtsgeschäftliche Erklärung entgegen ihrem klaren Sinn auslegen oder über das erforderliche Maß hinaus korrigieren würde⁴⁴. Bei einer aus seiner Sicht gegebenen und nicht mehr durch Auslegung zu behebbenden Verfassungswidrigkeit von Zivilgesetzen hat er regelmäßig⁴⁵ nur die Möglichkeit der Vorlage beim *BVerfG* nach Art. 100 Abs. 1 GG⁴⁶.

Der Zivilrichter verletzt Grundrechte eines Gesellschafters, wenn er dem für dessen Rechtsposition sprechenden grundrechtlichen Prinzip nicht in dem gebotenen Maße Rechnung trägt⁴⁷. Um ein Ausufern grundrechtlicher Abwä-

224; v. Falkenhausen AG 1963, 150, 152; für eine stärkere gesetzgeberische Mißbrauchsbekämpfung allerdings Fechner/Schneider, Verfassungswidrigkeit und Rechtsmißbrauch im Aktienrecht, 1960, S. 44.

24 BVerfGE 81, 242, 261 = JZ 1990, 691, 694 m. Anm. Wiedemann; 31, 58, 73; 50, 290, 338; Alexy (Fn. 9), S. 422 f.; Hesse, in: Festschrift für Mahrenholz, 1994, S. 541, 542 f.; krit. Diederichsen AcP 198 (1998), 171, 237 ff.; zur Einschätzungsprärogative bei der Wahrnehmung von Schutzpflichten allerdings auch Alexy (Fn. 9), S. 423 f. und Hesse, aaO., S. 552.

25 Alexy (Fn. 9), S. 427; vgl. auch Wahl/Masing JZ 1990, 553, 563.

26 BVerfGE 56, 54, 81; für eine Evidenzkontrolle auch Hesse (Fn. 24), S. 555 ff.

27 BVerfGE 50, 290, 333 f.; 77, 170, 214 f.; 88, 203, 262 ff. = JZ 1993, Anh. nach S. 1172, dazu Starck, S. 816.

28 BVerfGE 81, 242, 260 ff. = JZ 1990, 691, 693 ff. m. Anm. Wiedemann; 39, 1, 51 = JZ 1975, 205, 210 m. Anm. Kriele.

29 BVerfGE 39, 1, 46 f. = JZ 1975, 205, 209 m. Anm. Kriele; 88, 203, 251 ff. = JZ 1993, Anh. nach 1172, dazu Starck, S. 816.

30 BVerfGE 7, 377, 443 f.; 39, 1, 51 ff. = JZ 1975, 205, 210 ff. m. Anm. Kriele; 45, 187, 238; Papier ZGR 1979, 444, 449 ff.

31 BVerfGE 56, 54, 70 f.

32 Dreier, in: Dreier (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar (1996) Art. 1 III Rn. 37.

33 BVerfGE 25, 1, 12 f.; 50, 290, 335 und 377 f.; 56, 54, 78; Badura, Paritätische Mitbestimmung und Verfassung, 1985, S. 66 ff.

34 Siehe dazu für das Gesellschaftsrecht BVerfG DB 1991, 2027, 2028 und allgemein Dürig, in: Maunz-Dürig, GG, Art. 1 Rn. 119.

35 Dazu nur BVerfGE 7, 198, 206 f. = JZ 1958, 119, 120, dazu B. Wolff, S. 202; 81, 242, 253; Hillgruber AcP 191 (1991), 69, 71 f.

36 BVerfGE 7, 198, 205 = JZ 1958, 119, 120, dazu B. Wolff, S. 202; Stern (Fn. 3), S. 1578; Alexy (Fn. 9), S. 492; Dürig (Fn. 9), S. 157, 183.

37 Diederichsen AcP 198 (1998), 171, 233 ff.; Schlechtriem, in: 40 Jahre Grundgesetz: der Einfluß des Verfassungsrechts auf die Entwicklung der Rechtsordnung (Freiburger Ringvorlesung 1990), S. 39, 54 und passim; Rittner, in: Festschrift für Müller-Freienfels, 1986, S. 509, 518 ff.; Dürig (Fn. 9), S. 170 und 177 ff.; Fechner/Schneider, Verfassungswidrigkeit und Rechtsmißbrauch im Aktienrecht, 1962, S. 40; eher krit. Biedenkopf, in: Festschrift für Franz Böhm, 1965, S. 113, 132.

38 BVerfGE 31, 58, 73; BVerfGE 73, 261, 269; Canaris AcP 184 (1984), 201, 216 unter Hinweis auf BGHZ 16, 71, 80.

39 BVerfGE 7, 198, 205 f. = JZ 1958, 119, 120, dazu B. Wolff, S. 202; 81, 242, 256 = JZ 1990, 691, 692 m. Anm. Wiedemann; 89, 214, 234 = JZ 1994, 408, 410 m. Anm. Wiedemann; Dürig (Fn. 9), S. 177 ff.; Hesse (Fn. 3), S. 28 f.; Rüfner (Fn. 9), Rn. 73; Stern (Fn. 3), S. 1558 f.

40 BVerfGE 96, 56, 64 = JZ 1997, 777, 778 f. m. Anm. Starck; 81, 242, 255 f. = JZ 1990, 691, 692 m. Anm. Wiedemann; 89, 214, 234 = JZ 1994, 408, 410 m. Anm. Wiedemann; Dürig, in: Maunz-Dürig GG Art. 1 Rn. 102; Rüfner (Fn. 9), Rn. 78; Höfling (Fn. 13), S. 55; einschränkend Wahl/Masing JZ 1990, 553, 559 ff. (funktionsspezifische Umsetzung der Schutzpflicht unter Wahrung des Gesetzesvorbehalts).

41 Dazu unten S. 13 f.

42 Zur insoweit bestehenden Argumentationslast Stern (Fn. 3), S. 1559, 1586.

43 Schlechtriem (Fn. 37), S. 52; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, (1997) Art. 1 Rn. 24; Dürig (Fn. 9), S. 179; Beispiele für eine sogar gegen den Wortlaut zivilrechtlicher Normen gerichtete verfassungskonforme Auslegung sind die Entscheidungen BGHZ 13, 334; BVerfGE 34, 269, 280 ff. = JZ 1973, 662, 664 ff. m. Anm. Kübler; krit. zur verfassungskonformen Auslegung zivilrechtlicher Normen gegen den Wortlaut Fechner/Schneider (Fn. 23), S. 73.

44 BVerfGE 89, 214, 232; Krause JZ 1984, 711, 716 f.

45 Eine Ausnahme gilt lediglich für vorkonstitutionelle Zivilgesetze, die noch nicht in den Willen des nachkonstitutionellen Gesetzgebers aufgenommen worden sind.

46 Stern (Fn. 3), S. 1583.

47 BVerfGE 7, 198, 206 f. = JZ 1958, 119, 121, dazu B. Wolff, S. 202; 81, 242, 260 = JZ 1990, 691, 693 m. Anm. Wiedemann; Alexy (Fn. 9), S. 489.

gungen im Privatrecht und die Schaffung einer Superrevisionsinstanz in Gestalt des *BVerfG* zu vermeiden, ist die bloße Anwendung und Auslegung einfacher Gesetze, zu der auch die Rechtsfortbildung mittels Analogie gehört, der verfassungsgerichtlichen Kontrolle grundsätzlich entzogen⁴⁸. Ein fachgerichtliches Urteil wird vom *BVerfG* daher nur dann aufgehoben, wenn dieses gegen spezifisches Verfassungsrecht verstößt, d. h. Auslegungsfehler erkennbar werden, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Auffassung des Gerichts von der Bedeutung eines Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs beruhen und auch in ihrer materiellen Bedeutung für den konkreten Rechtsfall von einigem Gewicht sind⁴⁹. Es tritt einer rechtskräftigen zivilgerichtlichen Entscheidung mithin nicht schon dann entgegen, wenn es selbst bei der Beurteilung der widerstreitenden Grundrechtspositionen andere Akzente gesetzt und daher anders entschieden hätte⁵⁰. Andererseits wird die Kontrolle verschärft, wenn sich der Zivilrichter überhaupt keine Gedanken über die Grundrechtsrelevanz seiner Entscheidung gemacht hat⁵¹ oder besonders schwerwiegende Grundrechtseingriffe im Raume stehen⁵². Im Ergebnis werden lediglich grobe Grundrechtsverletzungen sanktioniert⁵³.

III. Privatrechtssubjekte und Grundrechte

1. Subjektive und objektive Grundrechtsbindung von Privatrechtssubjekten

Im Gegensatz zu Gesetzgebung und Rechtsprechung sind die Gesellschafter als Privatrechtssubjekte prinzipiell keine Adressaten der Grundrechte, da sich diese als subjektive Abwehr- und Teilhaberechte⁵⁴ sowie als Schutzgebote⁵⁵ ausschließlich gegen bzw. an den Staat richten⁵⁶. Dies gilt ohne Einschränkung auch für einen beherrschenden Gesellschafter. Zwar könnte dieser aufgrund seiner gesellschaftsrechtlich vermittelten und gegebenenfalls selbst für den Staat beachtlichen Herrschaftsmacht durchaus zu den sog. intermediären Gewalten gezählt werden⁵⁷, doch rechtfertigt dies

noch nicht die Gleichstellung mit der rechtlich übergeordneten staatlichen Gewalt, die über einen absoluten Gehorsamsanspruch und ein Gewaltmonopol verfügt⁵⁸. Der Rückgriff auf das unbestimmte Merkmal des sozialen Machtgefälles, das keineswegs immer zu einer Störung der Vertragsparität führen muß, würde die Grundrechtsverpflichtung von Privatrechtssubjekten zudem auf eine unsichere Grundlage stellen. Die besondere Machtposition eines Privaten ist lediglich im Zusammenhang mit der etwaigen Unbeachtlichkeit eines vertraglichen Grundrechtsverzichts sowie gegebenenfalls als Gesichtspunkt bei der Güter- und Interessenabwägung zu berücksichtigen⁵⁹. Zu einer subjektiven Geltung der Grundrechte mit der Folge unmittelbar grundrechtlicher Ansprüche auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen kann es daher im Gesellschaftsrecht allenfalls dann kommen, wenn sich der Staat oder andere Träger mittelbarer Staatsgewalt an einer Gesellschaft beteiligen und es nicht lediglich um gesellschaftsinterne Angelegenheiten, sondern die unmittelbare Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch die Tätigkeit der Gesellschaft geht⁶⁰.

Die objektiv-rechtliche Bindung von Privatrechtssubjekten an die Grundrechte wird zumeist unter dem Schlagwort der unmittelbaren und mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte behandelt. Nach langwährenden Debatten über die Art und den Umfang dieses auch als Ausstrahlung⁶¹ oder Horizontalwirkung⁶² bezeichneten objektiven Grundrechtseinflusses zeichnet sich nunmehr in der Rechtsprechung des *BVerfG* und im neueren Schrifttum die Tendenz zu einer Kombination der Lehre von der sog. mittelbaren Drittwirkung und der sog. Schutzgebotslehre ab. Damit wirken die Grundrechte im Privatrechtsverhältnis nicht nur als Richtlinien für den Zivilrichter bei der Auslegung von Generalklauseln (§§ 138, 242, 826 BGB) und ausfüllungsbedürftigen (unbestimmten) Rechtsbegriffen⁶³, sondern auch aufgrund der dargestellten und mit der Verfassungsbeschwerde einklagbaren⁶⁴ staatlichen Pflicht, die Grundrechte auch gegen Eingriffe von privater Seite zu schützen und bei der Ausgestaltung des Privatrechts zu beachten⁶⁵. Im Inter-

⁴⁸ Siehe nur *BVerfG* DB 1991, 2027, 2028 und NJW 1993, 2600, 2601.

⁴⁹ Dazu speziell für das Gesellschaftsrecht *BVerfG* DB 1991, 2027, 2028; siehe ferner nur *BVerfGE* 73, 261, 269; 81, 242, 253 = JZ 1990, 691 f. m. Anm. Wiedemann und Riefner (Fn. 9), Rn. 31.

⁵⁰ *BVerfGE* 89, 214, 230 = JZ 1994, 408, 409 m. Anm. Wiedemann.

⁵¹ So darf sich der Zivilrichter nach *BVerfGE* 89, 214, 231 und 234 insbesondere nicht mit der Feststellung „Vertrag ist Vertrag“ einer Vertragskontrolle entziehen, ohne sich zuvor angesichts der Schwere der vertraglichen Belastung Gedanken über die Vertragsparität und damit die tatsächliche Freiheit der Willensentscheidung gemacht zu haben; siehe ferner *BVerfG* DB 1991, 2027, 2028 (rechtsstaatlich unhaltbare Verfahrensgestaltung bei Verweigerung der Sachentscheidung über die Angemessenheit des Ausgleichs für außenstehenden Aktionär).

⁵² So ausdrücklich *BVerfGE* 42, 143, 148 f. = JZ 1976, 589, 590.

⁵³ Riefner (Fn. 9), Rn. 75.

⁵⁴ Canaris AcP 185 (1985), 9 f.; dies wird auch eingeräumt von Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 213 ff. und Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 88; krit. Zipelius, Allgemeine Staatslehre, 1991, S. 321.

⁵⁵ Stern (Fn. 3), S. 1576 und 1586; Lübke-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 160 f.

⁵⁶ Siehe dazu nur *BVerfGE* 42, 143, 148 = JZ 1976, 589, 590; Dürig (Fn. 9), S. 174; Riefner (Fn. 9), Rn. 59; Götz (Fn. 17), S. 78; Canaris AcP 184 (1984), 201, 202 und passim; diese Ansicht wird im übrigen auch von den Vertretern einer unmittelbaren objektiven Grundrechtswirkung im Privatrecht geteilt (siehe nur Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 15 und Alexy [Fn. 9], S. 489).

⁵⁷ Zur Grundrechtsgebundenheit von mit wirtschaftlicher Macht ausgestatteten Privatpersonen bzw. staatsähnlich institutionalisierten Unternehmen und Gesellschaften Saladin VVDStRL 35 (1977), 7, 34 f.; Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 382 ff. und Ballerstedt, in: Gestaltwandel der Unternehmung, Nürnberger Abhandlungen zu den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften H. 4, 1954, S. 65, 72 f.

⁵⁸ Stern (Fn. 3), S. 1591 ff.; Canaris AcP 184 (1984), 201, 206 f.; krit. zu den Thesen Saladins: Ottmann, Die Vereinigungsfreiheit als Richtmaß und Schranke der unternehmensverfassungsrechtlichen Gesetzgebung, 1985, S. 262 ff.

⁵⁹ Dazu unten S. 12 f.

⁶⁰ Zur sog. Fiskalgeltung der Grundrechte nur Dreier (Fn. 32), Art. 1 III Rn. 48 ff.

⁶¹ *BVerfGE* 7, 198, 207 = JZ 1958, 119, 121, dazu B. Wolff, S. 202; Jarass, in: Jarass/Pieroth (1997), GG, Vor Art. 1 Rn. 9; Hermes NJW 1990, 1764, 1765.

⁶² Saladin, Grundrechte im Wandel, 1982, S. 307 ff.; AK-GG/Denninger (1989) Vor Art. 1 Rn. 31.

⁶³ Siehe zu dieser ständigen verfassungs- und zivilrechtlichen Rspr. nur *BVerfGE* 7, 198, 205 ff. = JZ 1958, 119, 120 ff., dazu B. Wolff, S. 202 und BGH NJW 1986, 2944; ferner Dürig, in: Maunz-Dürig GG Art. 1 Rn. 132; Hermes NJW 1990, 1765; Riefner (Fn. 9), Rn. 64, 76; Achterberg JZ 1976, 440; Flume, BGB-AT II (1979) § 17, 1; weitergehend sogar *BVerfGE* 34, 269, 279 ff. = JZ 1973, 662, 663 ff. m. Anm. Kübler; Stern (Fn. 3), S. 1557 f. und Canaris AcP 184 (1984), 201, 222 f. (Richtschnur auch für die Auslegung von inhaltlich bestimmten Rechtsbegriffen).

⁶⁴ Zum subjektiven Recht auf angemessenen staatlichen Schutz der Grundrechte Canaris AcP 184 (1984), 201, 222 ff.; Stern (Fn. 3), S. 1572 ff.; Murswiek (Fn. 54), S. 102 ff.

⁶⁵ Dazu nur *BVerfGE* 81, 242, 255 f. = JZ 1990, 691, 692 f. m. Anm. Wiedemann; 96, 56, 64 f. = JZ 1997, 777, 778 f. m. Anm. Starck; Alexy (Fn. 9), S. 483; E. W. Böckenförde Der Staat 29 (1990), 1, 15 f.; Stern (Fn. 3), S. 1572 ff.; Canaris AcP 184 (1984), 201, 226; Hillgruber AcP 191 (1991), 69, 73 f.; Höfling (Fn. 13), S. 53; mit Einschränkungen auch Götz (Fn. 17), S. 81; für das Aktienrecht auch bereits Großfeld, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, 1968, S. 53 ff.; weitere Nachweise bei Canaris (Fn. 3), S. 38 Fn. 91, der diese Lehre inzwischen als ganz herrschend bezeichnet.

esse des Privatrechts und der Privatautonomie wird das staatliche Handeln zum generellen und vor allem zum individuellen Schutz von Grundrechten gegenüber Privaten jedoch an enge Voraussetzungen geknüpft⁶⁶. Ein Schutzbedürfnis besteht daher regelmäßig nur bei rechtswidrigen Eingriffen, typischen Gefahrenlagen und bei einem Angewiesensein des Grundrechtsträgers auf ein bestimmtes Verhalten anderer Privatrechtssubjekte, die einen schweren Eingriff bzw. eine starke Gefährdung hochrangiger Grundrechte darstellen⁶⁷.

Damit sind die Grundrechte nach h. M. weder als Abwehrrechte gegen die dem Staat zuzurechnenden privaten Grundrechtseingriffe⁶⁸ noch als unmittelbar gegen andere Private gerichtete subjektive private Rechte⁶⁹ anzusehen. Sie haben auch nicht den Charakter eines Verbots- bzw. Schutzgesetzes⁷⁰ oder eines Rechtfertigungsgrundes⁷¹. Privatrechtliche Grundrechtskollisionen sind vielmehr vorrangig nach den eigenen und zumeist im Interesse der Rechtssicherheit sehr ausdifferenzierten Regeln der Privatrechtsordnung aufzulösen⁷². Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich aus dem Grundrecht ein hinreichend bestimmtes Verhaltensgebot ableiten läßt, dem keine eigene privatrechtliche Regelung entgegensteht⁷³. Auf diese Weise wird der Umstand berücksichtigt, daß privatrechtliche Grundrechtseingriffe zumeist auf einer vorherigen privatautonomen Selbstbeschränkung beruhen⁷⁴ und folglich die Privatautonomie gefährdet wäre, wenn Private nicht auch von den Grundsätzen abweichen dürften, die aufgrund der Schranken-⁷⁵ und Schranken-Schranken-Tatbestände⁷⁶ für das staatliche Handeln gelten würden⁷⁷.

⁶⁶ *Canaris* (Fn. 3), S. 43 ff.; krit. *Diederichsen* AcP 198 (1998), 171, 248 ff.

⁶⁷ Näher *Canaris* (Fn. 3), S. 74 ff. und 97 f.

⁶⁸ So aber unter Vorwegnahme gewisser Elemente der heutigen Schutzgebotslehre *Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 16 ff. und 149 ff.; ähnlich *Murswiek* (Fn. 54), S. 88 ff.; mit Einschränkungen auch *Lübbe-Wolff* (Fn. 55), S. 159 ff.; krit. zu dieser Lehre *BVerfGE* 73, 261, 268 f.; *Alexy* (Fn. 9), S. 417 ff.; *Dürig*, in: *Maunz-Dürig GG Art. 3 Abs. 1* Rn. 506; *Stern* (Fn. 3), S. 1551 f.; *Diederichsen* AcP 198 (1998), 171, 205 und 209 f.

⁶⁹ So aber *Nipperdey* (Fn. 56), S. 15; *Leisner* (Fn. 57), S. 363; vgl. zudem *BAG* NJW 1955, 606, 607 und NJW 1957, 1688, 1689; krit. zu dieser Lehre *BVerfGE* 7, 198, 205 f. = JZ 1958, 119, 120, dazu *B. Wolff*, S. 202; 42, 143, 148 = JZ 1976, 589, 590; *Henke* DÖV 1984, 1, 11; *Götz* (Fn. 17), S. 39 f.; *Murswiek* (Fn. 54), S. 94 ff.

⁷⁰ So aber *BAG* NJW 1957, 1688, 1690; *Leisner* (Fn. 57), S. 403; *Nipperdey* (Fn. 56), S. 15; krit. *Dürig*, in: *Maunz-Dürig GG Art. 1* Rn. 130; *Alexy* (Fn. 9), S. 480 f.; *Spickhoff*, Gesetzesverstoß und Haftung, 1998, S. 157 ff.

⁷¹ So aber *Nipperdey* DVBl 1958, 445, 447; krit. dazu *BVerfGE* 7, 198, 204 ff. und 214 ff. = JZ 1958, 119, 120 ff. und 122 ff. (Verneinung allenfalls der Sittenwidrigkeit im Rahmen von § 826 BGB); *Bosch/Habscheid* JZ 1954, 213, 214 f. (Berücksichtigung gegebenenfalls über § 242 BGB); *Dürig* (Fn. 9), S. 174; *Geiger*, Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung, 1960, S. 50.

⁷² *BVerfGE* 7, 198, 205 = JZ 1958, 119, 120; *Hesse* (Fn. 3), S. 24 f.; *Hermes* NJW 1990, 1764; *Geiger* (Fn. 71), S. 37; *Dürig* (Fn. 9), S. 170; zur mangels Bestimmtheit fehlenden Eignung der Grundrechte als Verbotsgesetze *Götz* (Fn. 17), S. 78; *Dürig*, in: *Maunz-Dürig*, GG Art. 3 Abs. 1 Rn. 509; *Stern* (Fn. 3), S. 1577 f.; *Flume* (Fn. 63), § 17, 1; a. A. *Nipperdey* DVBl 1958, 445, 447.

⁷³ *Stern* (Fn. 3), S. 1577.

⁷⁴ Zur vertraglichen Einwilligung in Freiheitsbeschränkungen insbesondere *BVerfGE* 81, 242, 253 f. = JZ 1990, 691, 692 m. Anm. *Wiedemann*; *BVerwGE* 42, 331, 335; *Canaris* AcP 184 (1984), 201, 206; *Dreier* (Fn. 32), Vorb. Rn. 61.

⁷⁵ Nach *Leisner* (Fn. 57), S. 330 ff. und 384 ff. sollen allerdings die Gesetzesvorbehalte auch im Privatrecht von Bedeutung sein und etwa die Verzichtbarkeit eines Grundrechts im vertraglichen Bereich indizieren; einschränkend *Ramm*, Die Freiheit der Willensbildung, 1960, S. 64 ff.; mit Recht krit. *Koebel* JZ 1961, 521, 525; *Canaris* AcP 184 (1984), 201, 204 f.; *Hillgruber* AcP 191 (1991), 69, 72 f. und *Rüfner* (Fn. 9), Rn. 70.

⁷⁶ Für eine Anwendung der Wesensgehaltsgarantie und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Privatrecht allerdings *Nipperdey* (Fn. 56), S. 20;

2. Grundrechtsverletzungen durch Privatrechtssubjekte im Gesellschaftsrecht

a) Verletzung durch vertragliche Vereinbarungen

Im gesellschaftsvertraglichen Bereich ist die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte schwach ausgeprägt. Obwohl auch hier die Schutzgebotsfunktion der Grundrechte und ihr objektiver Einfluß auf die private Vertragsordnung der traditionellen Diskussion um die richterliche Vertragskontrolle neue Impulse zu geben vermag⁷⁸, werden gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen nur in seltenen Ausnahmefällen grundrechtlich geschützte Rechtspositionen eines Gesellschafters verletzen. Der von den Gesellschaftern gefundene vertragliche Interessenausgleich ist von den Gerichten vielmehr in aller Regel zu respektieren⁷⁹, da ein Gesellschafter die durch den Grundsatz der Privatautonomie geschützte Möglichkeit besitzt, durch Verträge auf grundrechtlich verbürgte Rechtspositionen zu verzichten⁸⁰. Wer daher am Abschluß des Gesellschaftsvertrags mitgewirkt hat, später beigetreten ist oder den Gesellschaftsanteil durch die Annahme einer Schenkung bzw. Erbschaft erlangt hat, wird sich grundsätzlich nur dann gegenüber vertraglichen Vereinbarungen auf Grundrechte berufen können, wenn die Verzichtswirkungen bei Vertragsschluß etc. nicht vorhersehbar waren oder der Verzicht aufgrund einer Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des betroffenen Gesellschafters unbeachtlich ist.

Im Gegensatz zu einer im Privatrecht weit verbreiteten Ansicht wird die Unfreiheit der Entscheidung dabei noch nicht durch ein bloßes Machtgefälle, wie es etwa zwischen einem Unternehmergesellschaften und einem Anlagegesellschafter durchaus gegeben sein kann, begründet⁸¹. Das *BVerfGE* hat insoweit mit Recht betont, daß man im Interesse der Rechtssicherheit nicht jeden Vertrag, bei dem das Verhandlungsgleichgewicht mehr oder weniger beeinträchtigt gewesen ist, unter Hinweis auf den Schutz der Privatautonomie des Schwächeren und des Sozialstaatsprinzips nachträglich in Frage stellen und inhaltlich korrigieren kann⁸². Gesellschaftsrechtliche Ungleichgewichtslagen führen auch nur selten zur Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit des Selbstschutzes⁸³, so daß die Freiheit der Selbstbestimmung und damit die Richtigkeitsgewähr von Verträgen nur in Ausnahmefällen beeinträchtigt sein wird⁸⁴. Kriterien wie die „allgemeine soziale Schutzbedürftigkeit“, die „existenzielle Abhän-

Fechner/Schneider (Fn. 37), S. 41 f. und *Leisner* (Fn. 57), S. 332 und 388 sowie *BAG* AP Nr. 25 zu Art. 12 GG; Sympathie für den Kernbereichsgedanken zeigt auch *Canaris* JuS 1989, 161, 163.

⁷⁷ *Hesse* (Fn. 3), S. 25; *Dürig*, in: *Maunz-Dürig*, GG Art. 1 Rn. 129 f.; *Galperin* JZ 1956, 105, 107; a. A. *Hamel* DVBl. 1957, 618, 619.

⁷⁸ Vgl. dazu bereits *Großfeld* (Fn. 65), S. 53 ff.; krit. zur Schutzgebotslehre im vertraglichen Bereich allerdings *Zöllner* AcP 196 (1996), 1, 36.

⁷⁹ *BVerfGE* 81, 242, 254 = JZ 1990, 691, 692.

⁸⁰ Zum Verzicht auf Grundrechtspositionen im Privatrecht allgemein v. *Münch*, in: *Festschrift für Ipsen*, 1977, S. 113, 126 f.; *Dürig* (Fn. 9), S. 159 und 177; *Nipperdey*, in: *Festschrift für E. Molitor*, 1962, S. 17, 27 f.; *Zöllner* AcP 196 (1996), 1, 7 f. und 12 f.; *Rüfner* (Fn. 9), Rn. 68; krit. zum Grundrechtsverzicht im Gesellschaftsrecht allerdings v. *Falkenhausen* (Fn. 9), S. 12 f.

⁸¹ *Zöllner* AcP 196 (1996), 1, 24 ff.; a. A. *Nipperdey* (Fn. 80), S. 27.

⁸² *BVerfGE* 89, 214, 232 = JZ 1994, 408, 409 m. Anm. *Wiedemann* (Erforderlichkeit von „struktureller Unterlegenheit“ und „ungewöhnlich starker Belastung eines der Vertragspartner“).

⁸³ Vgl. dazu *Canaris* JuS 1989, 161, 163, wonach staatliche Schutzpflichten vor allem dann in Betracht kämen, wenn privater Selbstschutz nicht möglich oder nicht zumutbar sei.

⁸⁴ So auch allgemein für privatrechtliche Verträge *Zöllner* AcP 196 (1996), 1, 21 ff.; *Rittner* AcP 188 (1988), 101, 131 ff.; *Canaris*, in: *Festschrift für Lerche*, 1993, S. 873, 882; a. A. für typische Ungleichgewichtslagen *Schmidt-Rimpler* AcP 147 (1941), 130, 157 f. mit Fn. 34 und *Flume* (Fn. 63), § 1, 7.

gigkeit“ oder die „wirtschaftliche und intellektuelle Unterlegenheit“ sind zu unbestimmt⁸⁵ und helfen im Gesellschaftsrecht in aller Regel ebenso wenig weiter wie die auf die konkrete Situation des Vertragsschlusses abstellenden Kriterien des Informationsvorsprungs der einen und der geschäftlichen Unerfahrenheit der anderen Seite⁸⁶.

Sofern danach der gesellschaftsvertragliche Verzicht auf Grundrechtspositionen Beachtung verdient, ist bei Gesellschaftern ein bevormundender „Schutz gegen sich selbst“⁸⁷ nur dann geboten, wenn die privatrechtlichen Grenzen der Vertragsautonomie überschritten sind. Diese Grenzen gewährleisten auch im Einzelfall, daß Rechtspositionen, die dem Kernbereich eines Grundrechts zugerechnet⁸⁸ oder grundrechtlich als besonders hochrangig eingestuft werden⁸⁹, hinreichend gegen Eingriffe eines Vertragspartners geschützt werden⁹⁰. Sie bestehen prinzipiell unabhängig davon, ob zwischen den Gesellschaftern eine Ungleichgewichtslage gegeben ist oder nicht⁹¹. Ein bloßes Machtgefälle zwischen den vertragschließenden Gesellschaftern kann auch nicht dazu führen, den grundrechtlich geschützten Rechtspositionen des Schwächeren a priori größere Beachtung zu schenken als denjenigen des stärkeren Vertragspartners⁹². Ungleichgewichtslagen zwischen Gesellschaftern sind lediglich insoweit von Bedeutung, als die tatbestandlichen Voraussetzungen der richterlichen Inhaltskontrolle bei ihnen eher gegeben sein werden⁹³. Dies zeigt auch der Umstand, daß die Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen gerade in Fällen der Publikumsanlagengesellschaften entwickelt wurde⁹⁴.

b) Verletzung durch Gesellschafterbeschlüsse

Während für einen einstimmig gefaßten Gesellschafterbeschuß nichts anderes gelten kann als für eine vertragliche Vereinbarung der Gesellschafter, wird die Schutzfunktion der Grundrechte unter dem Gesichtspunkt des Minderheitenschutzes bei Mehrheitsbeschlüssen in besonderer Weise aktuell. Im Personengesellschaftsrecht kann die Warn- und Schutzfunktion des heute vielfach kritisierten Bestimm-

heitsgrundsatzes⁹⁵ auch damit gerechtfertigt werden, daß zumindest in der personalistisch strukturierten Personengesellschaft die Abkehr vom Einstimmigkeitsgrundsatz und der Eingriff in Mitgliedschaftsrechte der überstimmten Gesellschafter nur dann mit deren Grundrechtsschutz vereinbar ist, wenn die Gesellschafter bei Abschluß des Vertrages bzw. im Zeitpunkt ihres Eintritts in die Gesellschaft bewußt auf ihren Grundrechtsschutz verzichtet haben, weil sie hinreichend erkennen konnten, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz Mehrheitsentscheidungen möglich sind. Im Kapitalgesellschaftsrecht ist es schließlich kein Zufall, daß die von der Rechtsprechung bei schwerwiegenden Eingriffen in Mitgliedschaftsrechte durchgeführte Sachkontrolle von Mehrheitsbeschlüssen⁹⁶ auf die für Grundrechtseinflüsse offene mitgliedschaftliche Treuepflicht gestützt wird⁹⁷ und inhaltlich eine an die Grundrechtsdogmatik angelehnte Verhältnismäßigkeitsprüfung darstellt. So kann es auch als Ausdruck der objektiven Drittwirkung der Grundrechte gewertet werden, wenn etwa der Bezugsrechtsausschuß dem durch den Gesellschaftszweck bestimmten Interesse der Gesellschaft dienen, hierzu erforderlich und verhältnismäßig sein muß⁹⁸. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung hat man dann aber auch die unterschiedliche Intensität und Reichweite des individuellen Grundrechtsschutzes von natürlichen Personen und Gesellschafter-Gesellschaften sowie von Unternehmergesellschaften und bloßen Anlagegesellschaften zu berücksichtigen⁹⁹.

Grundrechtliche Relevanz haben jedoch nicht allein Eingriffe der Mehrheit in Rechte der Minderheit. Die Pflichten einzelner Gesellschafter zur Zustimmung oder einem bestimmten Abstimmungsverhalten können ebenfalls mit Hilfe der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf die mitgliedschaftliche Treuepflicht konkretisiert werden. Schutzpflichten der Gerichte können hier insbesondere dann zum Tragen kommen, wenn Gesellschafter zur Durchsetzung berechtigter unternehmerischer Ziele auf die Zustimmung ihrer Mitgesellschafter angewiesen sind¹⁰⁰.

c) Verletzung durch Geschäftsführungsmaßnahmen

Sofern die in die grundrechtlich geschützte Rechtsposition eingreifende Geschäftsführungsmaßnahme auf einer vertraglichen Vereinbarung oder einem einstimmig gefaßten Beschuß der Gesellschafter beruht, wird sich der betroffene Gesellschafter auf den Schutz der Grundrechte nur dann berufen können, wenn die in seiner Mitwirkung zu sehende Selbstbeschränkung unfreiwillig erfolgte, die konkrete Geschäftsführungsmaßnahme von ihm nicht vorhergesehen

⁸⁵ Krit. auch *Preis/Rolf*; DB 1994, 261, 266.

⁸⁶ A. A. für Haustür- und Bankgeschäfte *Preis/Rolf*; DB 1994, 261, 266.

⁸⁷ So der plakative Titel eines Festschriftbeitrags von v. Münch (Fn. 80); vgl. auch C. Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992; *Singer* JZ 1995, 1133 ff.

⁸⁸ Für Grenzen der vertraglichen Verzichtswirkung im grundrechtlichen Kernbereich haben sich insbesondere ausgesprochen: *Nipperdey* (Fn. 80), S. 27 f.; *Singer* JZ 1995, 1133, 1139; *Angerer*, Schranken gesellschaftsvertraglicher Gestaltungsfreiheit bei Eingriffen in die Privatsphäre, 1993, S. 61 und 69; in diese Richtung auch *Canaris* JuS 1989, 161, 163 und *Achterberg* JZ 1975, 713, 717.

⁸⁹ Dies gilt insbesondere für den Schutz der Menschenwürde und der höchstpersönlichen Freiheitsrechte; vgl. dazu *BAG NJW* 1957, 1688, 1689; *Singer* JZ 1995, 1133, 1139; *Nipperdey* (Fn. 80), S. 27 f.; *Angerer* (Fn. 88), S. 61 und 69.

⁹⁰ *Spieß* DVBl 1994, 1222, 1226; *Singer* JZ 1995, 1133, 1139.

⁹¹ So auch allgemein für privatrechtliche Verträge *Singer* JZ 1995, 1133, 1139 f.; *Canaris* AcP 184 (1984), 206; a. A. C. Hillgruber AcP 191 (1991), 69, 75 f. und 85 (Schutzpflichten im vertraglichen Bereich nur bei einer Ungleichgewichtslage).

⁹² A. A. allerdings *Angerer* (Fn. 88), S. 62.

⁹³ Dazu für das Verbandsrecht *BGHZ* 64, 238, 242; *BGH WM* 1989, 184, 187; *Nicklisch*, Inhaltskontrolle von Verbandsnormen, 1982, S. 34 f.; *Loritz* JZ 1986, 1073, 1079; *U. H. Schneider* ZGR 1978, 1, 7 ff. sowie generell *BVerfGE* 81, 242, 255 f. = JZ 1990, 691, 692 m. Anm. *Wiedemann*; 89, 214, 234 = JZ 1994, 408, 410 m. Anm. *Wiedemann*; *Lieb* AcP 178 (1978), 196, 201 und 207 und *Höfling* (Fn. 13), S. 53 ff.

⁹⁴ Dazu nur *BGHZ* 64, 238; 84, 11 = JZ 1982, 608; 104, 50 = JZ 1988, 874 m. Anm. *Wüst*; krit. *Hille*, Die Inhaltskontrolle der Gesellschaftsverträge von Publikums-Personengesellschaften, 1986, S. 68 ff.; zur ausnahmsweisen Inhaltskontrolle von Familiengesellschaftsverträgen *BGHZ* 81, 263, 266 ff. = JZ 1981, 751 ff.; *Kreutz* ZGR 1983, 109, 112 f.; *Koller* DB 1984, 545, 546 f.

⁹⁵ Siehe dazu nur die Darstellung bei *K. Schmidt*, *GesR* (1997) § 16 II c. m.w.N.

⁹⁶ Siehe dazu insbesondere *BGHZ* 71, 40, 44 ff. (Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit einer Kapitalerhöhung durch Sacheinlagen); 80, 69, 74 f. = JZ 1981, 349, 350 f. (Erforderlichkeit eines besonderen Sachgrundes für die Befreiung des beherrschenden Gesellschafters von einem Wettbewerbsverbot); für die Möglichkeit einer Sachkontrolle mit unterschiedlichen Einschränkungen auch *Lutter* ZGR 1981, 171, 176 ff.; *Hirte*, Bezugsrechtsausschuß und Konzernbildung, 1986, S. 138 ff. und 147 ff.; *Timm* ZGR 1987, 403, 421 ff.; besonders weitgehend *Wiedemann*, in: Festschrift für Heinsius, 1991, S. 949, 960 ff. und *Martens*, in: Festschrift für R. Fischer, 1979, S. 437, 445 f.; ablehnend für den Liquidationsbeschuß etwa *BGHZ* 103, 184, 190 f. = JZ 1989, 443, 445 m. Anm. *Wiedemann*.

⁹⁷ Siehe dazu nur *Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 147; *Immenga*, Die personalistische Kapitalgesellschaft, 1970, S. 262 ff.; *Wiedemann* (Fn. 96), S. 960 ff.

⁹⁸ *BGHZ* 71, 40, 45 f. (Sacheinlage); 83, 319, 321 (genehmigtes Kapital); 125, 239, 241 = JZ 1994, 911 m. Anm. *Lutter* (genehmigtes Kapital).

⁹⁹ Vgl. dazu auch *BVerfGE* 14, 263, 282 f.

¹⁰⁰ Siehe generell zu gesteigerten staatlichen Schutzpflichten im Falle der Angewiesenheit des Betroffenen *Canaris* (Fn. 3), S. 78.

werden konnte oder er sie nicht vorhergesehen hat und es sich um einen besonders schwerwiegenden, insbesondere den Kernbereich eines Grundrechts berührenden Eingriff handelt. Fehlt es hingegen an jeglicher Mitwirkung des Gesellschafters an der Geschäftsführungsmaßnahme, kann der mittelbare Grundrechtsschutz in vollem Umfang zum Tragen kommen.

B. Die Bedeutung einzelner Wirtschaftsgrundrechte für die Rechtsstellung von Gesellschaftern

Die Bedeutung der verschiedenen Wirtschaftsgrundrechte für die Rechtsstellung von Gesellschaftern kann in diesem Rahmen nur in den Grundzügen dargestellt werden. Die Anzahl und Bandbreite der berührten gesellschaftsrechtlichen Fragen wird jedoch die weitreichenden Folgen der Ausstrahlungswirkung veranschaulichen.

I. Schutz der Berufsfreiheit von Gesellschaftern

1. Der Schutz der Gesellschaftertätigkeit als Beruf

Art. 12 Abs. 1 GG ist das Hauptgrundrecht der freien wirtschaftlichen und unternehmerischen Betätigung¹⁰¹. Dabei ist die kollektive Ausübung der Unternehmerfreiheit in einer Personen- oder Kapitalgesellschaft von der staatlichen Gewalt in prinzipiell gleicher Weise zu achten wie die funktionsgleiche Alternative der individuellen Unternehmensgründung und -führung¹⁰². Zumindest ein unternehmerisch tätiger Gesellschafter geht unabhängig von der Gesellschaftsform und einer etwaigen Mitgliedschaft im Leitungsorgan der Gesellschaft einem Beruf i.S.v. Art. 12 Abs. 1 GG nach, da seine Gesellschafterstellung auf Dauer angelegt ist und er sich mit der unternehmerischen Betätigung und Beteiligung eine Lebensgrundlage und Lebensaufgabe schafft bzw. erhält¹⁰³. Auch das *BVerfGE* hat dies im Mitbestimmungsurteil bestätigt und der Berufsausübung eines maßgeblich beteiligten und in der Unternehmensleitung tätigen Kapitalgesellschafters sogar unabhängig von der fälschlicherweise zugrunde gelegten Unternehmensgröße einen personalen Bezug bescheinigt¹⁰⁴. Unter Umständen kann selbst die Stellung als bloßer Anlagegesellschafter die an einen (Zweit-/Neben-)Beruf gestellten Anforderungen erfüllen, wenn sie mit einem umfangreicheren eigenen Vermögensmanagement verbunden und von maßgeblicher Bedeutung für den Lebensunterhalt sein sollte¹⁰⁵. Im Gegensatz zur Berufsausübung des Unternehmergeesellschafters vollzieht sich die Tätigkeit eines Anlagegesellschafters jedoch nicht in der Ge-

sellschaft, sondern vielmehr unabhängig von dieser und außerhalb derselben.

Mit der freien Wahl und Ausübung eines Berufes schützt Art. 12 Abs. 1 GG mithin auch die Freiheit des gesellschaftsgebundenen Unternehmergeesellschafters zur privatautonomen Gründung, Organisation, Planung, Entwicklung, Führung und marktmäßigen Positionierung des Gesellschaftsunternehmens¹⁰⁶. Von der Organisationsfreiheit werden die freie Wahl der Gesellschaftsform, der Firma, der Unternehmensstandorte und der Organmitglieder erfasst. Nicht geschützt wird jedoch eine bestimmte gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung der Gesellschafterstellung¹⁰⁷. Zur Planungs-freiheit zählen die freie Festlegung der unternehmerischen Ziele und der zu ihrer Verwirklichung eingesetzten personellen bzw. sachlichen Mittel. Mit der Entwicklungsfreiheit wird die freie Entscheidung über die Ausweitung oder Reduzierung der Unternehmenstätigkeit erfasst. Als Unternehmensführungsfreiheit wird die Freiheit, das Unternehmen nach eigenen Vorstellungen, Planungen, Bewertungen und Entschlüssen zu führen und zu entwickeln, geschützt. Zur Freiheit der marktmäßigen Positionierung ist schließlich die freie Auswahl, Gestaltung und Anpreisung der von dem Unternehmen angebotenen Waren und Dienstleistungen sowie der dafür von der Marktgegenseite verlangten Leistungen zu zählen.

2. Eingriffe in die Berufsfreiheit von Gesellschaftern und ihre Rechtfertigung

a) Eingriffe durch gesetzliche Beschränkungen von Berufsausübung und Berufswahl

Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, der sich gerade im Anwendungsbereich von Art. 12 Abs. 1 GG vielfältigen Grundrechtskollisionen gegenübersteht¹⁰⁸, wird durch das in ständiger Rechtsprechung in Gestalt der sog. Stufentheorie ausgeformte Verhältnismäßigkeitsprinzip eingengt¹⁰⁹. Es ist danach zwischen Eingriffen in die Berufsausübung sowie subjektiven und objektiven Beschränkungen der Berufswahl zu unterscheiden. Das Berufsbild von Unternehmergeesellschaftern wird insbesondere durch die unterschiedlichen gesellschaftsrechtlichen Regelungen i.S.v. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG typisiert und reglementiert. Da nicht nur die Modalitäten, sondern auch der Umfang der unternehmerischen Tätigkeit als eine Frage der Berufsausübung angesehen werden¹¹⁰, stellen die allermeisten Eingriffe in die erwähnten Unternehmerfreiheiten nur einen Eingriff in die Berufsausübung dar und können damit verhältnismäßig leicht gerechtfertigt werden¹¹¹. Dies gilt zunächst etwa für die gesetzlichen und rich-

¹⁰¹ M. Hoffmann, Der grundrechtliche Schutz der marktwirtschaftlichen Unternehmenstätigkeit und der gesellschaftsrechtlichen Unternehmensorganisation durch die „Unternehmensfreiheit“, 1988, S. 49 ff.; Ossenbühl AöR 115 (1990), 1, 5; Badura, in: Festschrift für Rittner, 1991, S. 1, 12; Stober, Grundrechtsschutz der Wirtschaftstätigkeit, 1989, S. 59.

¹⁰² Breuer HStR VI, 2. Aufl. 2001, § 147 Rn. 61; vgl. zum Grundrechtsschutz der kollektiven unternehmerischen Betätigung von Gesellschaftern auch M. Hoffmann (Fn. 101), S. 202 ff.

¹⁰³ Siehe dazu auch Leisner JZ 1972, 33 ff. (Berufsgesellschafter); zum zugrunde gelegten Berufsbegriff siehe nur BVerfGE 7, 377, 397 und 50, 290, 362.

¹⁰⁴ BVerfGE 50, 290, 363; zum erforderlichen Persönlichkeitsbezug der Berufsausübung generell BVerfGE 7, 377, 397 und H.-P. Schneider VVDStRL 43 (1985), 7, 40.

¹⁰⁵ So auch Leisner JZ 1972, 33, sofern man noch von einer „aktiven Vermögensverwaltung“ etwa durch ständigen Wechsel der Anlage sprechen könne; ablehnend Hamann AG 1962, 287, 288; offengelassen von BVerfG ZIP 1990, 228, 229.

¹⁰⁶ BVerfGE 50, 290, 363; BVerwGE 71, 183, 189; Badura/Rittner/Rüthers, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz (Gemeinschaftsgutachten), 1977, S. 196 ff.; zu den Bestandteilen der Unternehmerfreiheit näher Ossenbühl AöR 115 (1990), 1, 18 f.; Papier VVDStRL 35 (1977), 55, 57 u. 87; Lecheler VVDStRL 43 (1985), 48, 55 sowie M. Hoffmann (Fn. 101), S. 4 und 145 ff.

¹⁰⁷ So auch Wiedemann (Fn. 2), S. 698; ähnlich BVerfGE 30, 292, 313 für die Stellung als selbständiger Ölimporteur; vergleichbares gilt auch für den Beruf des Geschäftsführers, der als solcher, nicht aber als Beruf in einer bestimmten Gesellschaftsform geschützt ist (dazu Baumann BB 1997, 2281, 2284 f.).

¹⁰⁸ H.-P. Schneider VVDStRL 43 (1985), 7, 36 f.; Bryde NJW 1984, 2177, 2180 f.

¹⁰⁹ Siehe zur Stufentheorie nur BVerfGE 7, 377 ff.; 13, 97, 104 ff.

¹¹⁰ Vgl. dazu BVerfGE 17, 232, 241 = JZ 1964, 418 (Beschränkung der Anzahl von Betriebsstätten) und 25, 1, 11 (Betriebsverweigerungsverbot).

¹¹¹ Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit sind nach der Stufentheorie bereits dann gerechtfertigt, wenn sie aufgrund vernünftiger Erwägungen des Gemeinwohls als zweckmäßig erscheinen (st. Rspr. seit BVerfGE 7, 377, 378 und Leitsatz 6 lit. a); zur Konkretisierung für das Wirtschaftsverfassungsrecht BVerfGE 30, 292, 316 (Mineralöl-Bevorratung).

terrechtlichen Wettbewerbsverbote für Unternehmergesellschaften¹¹². Sofern die Reglementierung des Erwerbs von Gesellschaftsanteilen, die ohnehin nur bei unternehmerischer Erwerbsabsicht einen Eingriff in die Berufsfreiheit bedeuten kann, auf bestimmte Gesellschaftsformen oder gar nur auf börsennotierte Aktiengesellschaften begrenzt und damit die Aufnahme einer gesellschaftsgebundenen Unternehmertätigkeit insbesondere auch mit beschränkter Haftung möglich bleibt, ist damit ebenfalls nur eine Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit verbunden¹¹³. Bei Eingriffen in einzelne Mitgliedschaftsrechte eines Gesellschafters kann es zudem bereits an der hinreichenden Darlegung der Möglichkeit einer Grundrechtsbeeinträchtigung i.S.v. § 92 BVerfGG fehlen¹¹⁴. Sofern eine gesetzliche Regelung jedoch die Bestimmung oder Veränderung des Unternehmensziels erfaßt, kommt sie einem Eingriff in die Berufswahl der Gesellschaft und mittelbar auch der Berufsgesellschafter nahe¹¹⁵.

Von einer objektiven Einschränkung der Berufswahl könnte zunächst dann gesprochen werden, wenn das neben Art. 9 Abs. 1 GG durch Art. 12 GG geschützte Recht, sich mit anderen als Mitunternehmer überhaupt in einer Gesellschaft zusammenzuschließen, theoretisch oder praktisch nicht mehr bestehen würde¹¹⁶. Zur Ausübung der Unternehmerfreiheit in kollektiver Form muß der Gesetzgeber daher geeignete Rechtsformen mit einer entsprechenden Binnenverfassung bereitstellen, die dem „Unternehmer im Gesellschaftersstatus“ im Ergebnis vergleichbare Möglichkeiten der Berufsausübung bieten wie dem Einzelunternehmer¹¹⁷. Der Gesetzgeber darf auch die durch eine unternehmerische Betätigung in Gesellschaften realisierbaren Chancen gesetzlich nicht soweit bescheiden, daß der Beruf des Unternehmergesellschafters grundsätzlich wirtschaftlich derart unattraktiv wird, daß er faktisch nicht mehr ergriffen wird¹¹⁸. Der Zusammenhang zwischen individueller Initiative, Verantwortung, Gewinnchance und Risikobelastung müßte für den Unternehmergesellschaftler in jedem Fall gewahrt bleiben¹¹⁹. Eine objektive Berufszulassungsschranke würden schließlich auch die Fälle der Vergesellschaftung oder der zentralen Verwaltung eines ganzen Wirtschaftszweigs darstellen¹²⁰. Der staatliche Entzug der konkreten Gesellschaftserstellung durch eine gesetzliche, gerichtliche oder behördliche Auflösung der Gesellschaft dürfte einer objektiven Zulassungsschranke aber allenfalls dann gleichgestellt werden können, wenn der Gesellschafter hierdurch tatsächlich gehindert wäre, sich in einer anderen Gesellschaft erneut als Gesellschafter unternehmerisch zu betätigen¹²¹. Nach der

Stufentheorie des BVerfG wären derartige objektive Berufszulassungsschranken nur dann mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, wenn die Regelung zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut erforderlich wäre¹²².

b) Eingriffe durch das Unterlassen gebotenen staatlichen Grundrechtsschutzes

Im Gesellschaftsrecht müssen Gesetzgeber und Richter einen vertretbaren Ausgleich zwischen der durch die Berufsfreiheit geschützten Unternehmerinitiative unternehmerisch tätiger Gesellschafter und den Interessen der anderen Gesellschafter herstellen¹²³. Dies hat insbesondere Auswirkungen auf die Anforderungen an die Zulässigkeit von vertraglichen Wettbewerbsverboten für Gesellschaftler¹²⁴ sowie für den Entzug der Gesellschaftserstellung¹²⁵ und/oder der Geschäftsführungsbefugnis¹²⁶ durch die Mitgesellschafter, der daher unter Berücksichtigung der beruflichen Bedeutung der Gesellschafter- bzw. Geschäftsführerstellung für den Betroffenen regelmäßig nur aus wichtigem Grund erfolgen darf.

II. Garantie des Anteilseigentums

1. Anteilseigentum und Schutzbereich des Art. 14 GG

Das Anteilseigentum wird heute in allen seinen Formen vom Schutzbereich des Art. 14 GG erfaßt¹²⁷. Es hat dabei nach

¹²¹ Siehe dazu auch *Leisner* JZ 1972, 33, 37, der allerdings die Möglichkeit zur Aufnahme einer vergleichbaren Tätigkeit von einer hierzu hinreichenden Entschädigung abhängig machen möchte und damit Elemente des Anteilseigentumsschutzes mit der Frage nach dem Schutz der Berufsfreiheit verquicht sowie damit zugleich faktische Hindernisse zur Begründung einer objektiven Berufszulassungsschranke entgegen sonstiger Gepflogenheit ausreichen läßt.

¹²² St. Rspr. seit *BVerfGE* 7, 377, 378 (Leitsatz 6 lit. c).

¹²³ Zum unternehmensinternen Interessenausgleich vor dem Hintergrund von Art. 12 GG allgemein *Breuer* (Fn. 102), Rn. 24 und *AK-GG/Rittsteg* (1989), Art. 12 Rn. 167; zum Übermaß- und Untermaßverbot bereits oben A I; zur strengen Kontrolle vertraglicher Beschränkungen der Berufsfreiheit siehe *Canaris* AcP 184 (1984), 201, 241 f.

¹²⁴ Siehe unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zur gegenständlichen und zeitlich erweiterten Zulässigkeit von vertraglichen Wettbewerbsverboten für unternehmerisch tätige Gesellschafter *Nicolin* (Fn. 2), S. 143 ff.; fragwürdig *BGH* BB 1982, 267, 268 (Unzulässigkeit eines vertraglichen Wettbewerbsverbots für einen zugleich an der Komplementär-GmbH beteiligten und unternehmerisch tätigen Kommanditisten); mit Recht für die Möglichkeit einer anderweitigen kapitalistischen Beteiligung des ausgeschiedenen GmbH-Gesellschafters *OLG Hamm* GmbHR 1993, 655, 656.

¹²⁵ Zu den erhöhten Anforderungen an den Ausschluß eines in der Gesellschaft seinen Beruf ausübenden Gesellschafters siehe *BGH* ZIP 1985, 737, 738 (persönlich haftender Gesellschafter); *Wiedemann* (Fn. 2), S. 385 ff.; *Bunte* ZIP 1985, 915, 917 f.; vgl. auch *BGH* WM 1973, 12 (geringere Anforderungen an den wichtigen Ausschlußgrund bei fehlendem Erwerb einer besonders schutzwürdigen Gesellschaftserstellung); ähnlich *BGHZ* 6, 113, 117; krit. zur Berücksichtigung der Berufsausübung *Grunewald*, Der Ausschluß aus Gesellschaft und Verein, 1987, S. 226; zur Problematik des Ausschlusses von Gesellschaftern personalistischer Kapitalgesellschaften siehe auch *Immenga* (Fn. 97), S. 132 und *Friedewald*, Die personalistische Aktiengesellschaft, 1991, S. 147 f.; zur Inhaltskontrolle von Klauseln über die Ausschließung aus Personenhandelsgesellschaften am Maßstab der „Grundprinzipien des Gesellschaftsrechts“ bzw. der Sittenwidrigkeit wegen der Schwere des Eingriffs in die wirtschaftliche und persönliche Freiheit des Gesellschafters siehe etwa *BGHZ* 68, 212, 214 f. und 105, 213, 216 ff.

¹²⁶ *BGH* LM Nr. 1 zu § 117 HGB (Berücksichtigung der Mitwirkung an der Unternehmensgründung und einer langjährigen Tätigkeit als Mitunternehmer) und *BGH* DB 1967, 766 (Berücksichtigung, daß der Gesellschafter-Geschäftsführer einer Familiengesellschaft durch die Entziehung seines Lebensberuf verliert); so auch *A. Hueck*, Das Recht der OHG, 1971, S. 146.

¹²⁷ *BVerfGE* 14, 263, 276 ff.; 50, 290, 341 f.; 100, 289, 301 f. = JZ 1999, 942 f. m. Anm. *Luttermann*; *E. R. Huber*, Grundgesetz und wirtschaftliche Mitbestimmung, 1970, S. 98 ff.; *Rüfner* DVBl. 1976, 689, 690; *v. Münch/*

¹¹² Dazu näher *Nicolin* (Fn. 2), S. 115 ff.

¹¹³ So auch *Loritz/Wagner* WM 1991, 709, 720 f.

¹¹⁴ So hat das *BVerfG* ZIP 1990, 228, 229 entschieden, daß sich die Frage, ob die Anfechtungsklage eines Aktionärs zulässig oder wegen Rechtsmißbrauchs unzulässig ist, nicht erkennbar auf die Berufsausübung des Beschwerdeführers auswirkt.

¹¹⁵ So für das MitbestG *Badura/Rittner/Rüthers* (Fn. 106), S. 199.

¹¹⁶ *Breuer* (Fn. 102), Rn. 61; *Papier* VVDStRL 35 (1977), 55, 100; *Wiedemann* (Fn. 2), S. 698; siehe auch *Ottmann* (Fn. 58), S. 261 f., der den Ausschluß von personenbezogenen Unternehmensträgertypen für einen Eingriff in die Berufswahlfreiheit von „Eigentümer-Unternehmern“ hält.

¹¹⁷ *Breuer* (Fn. 102), Rn. 61; *Ottmann* (Fn. 58), S. 261 f.; *Badura* (Fn. 101), S. 12.

¹¹⁸ Vgl. zum Umschlagen einer zur faktischen Unattraktivität des Berufs führenden Berufsausübungsregelung in eine objektive Einschränkung der Berufswahl *BVerfGE* 8, 71, 81 und 30, 292, 313 f. sowie *Scholz*, in: *Maunz-Dürig*, GG Art. 12 Rn. 130.

¹¹⁹ Für den Unternehmer allgemein *Breuer* (Fn. 102), Rn. 61.

¹²⁰ Vgl. dazu allgemein auch *Leisner* JZ 1972, 33, 37; *Papier* VVDStRL 35 (1977), 55, 99 und *Weddigen*, in: *Gestaltwandel der Unternehmung*, 1954, S. 29.

heutiger Auffassung ebenso Anteil an der Rechtsstellungsgarantie wie der Institutsgarantie des Art. 14 GG¹²⁸ und wird nicht nur als individuelles Freiheitsrecht, sondern zugleich in seinen objektivrechtlichen Funktionen für die Wirtschaftsordnung geschützt¹²⁹. Das Anteilseigentum ist nicht nur in seinen vermögensrechtlichen Auswirkungen, sondern gerade auch hinsichtlich seiner damit untrennbar verbundenen mitgliedschaftsrechtlichen Komponente geschützt, so daß auch die auf ihm beruhende unternehmerische Bestimmungsbefugnis von der Eigentumsgarantie erfaßt wird¹³⁰.

Mit dieser Anerkennung des gesellschaftsrechtlich gebundenen Anteilseigentums wurde mit Recht jenen Tendenzen eine Absage erteilt, die es auf einen bloßen Vermögenswert reduzieren wollten und den Anteilseigentümer als einen bereits auf eigenen Wunsch hin durch privatrechtliche Vergemeinschaftung enteigneten Eigentümer bezeichneten¹³¹. Diese Sichtweise verkennt nämlich nicht nur die Existenz der durch das Anteilseigentum vermittelten Mitgliedschaftsrechte¹³², sondern auch den Umstand, daß es nicht um den verfassungsrechtlichen Schutz des Eigentums an den in das Gesellschaftsvermögen eingebrachten Vermögensgegenständen, sondern um den Schutz des Anteilseigentums als eines eigenen vermögenswerten Rechts geht. Das Anteilsrecht unterliegt lediglich verschiedenen gesellschaftsrechtlichen Beschränkungen wie etwa der Bindung an den Gesellschaftszweck oder die gesellschaftliche Kompetenzordnung und weist damit eine von vornherein angelegte „innere Schwäche“¹³³ bzw. bereits gesellschaftsrechtlich bedingte Sozialbindung¹³⁴ auf. Bei seiner zumindest stillschweigenden Einwilligung in diese Beschränkungen vertraut der Anteilseigentümer jedoch immer zugleich auch auf deren grundrechtskonforme Handhabung¹³⁵.

Zumindest irreführend ist aber auch das immer wieder angeführte Schlagwort vom geringeren personalen Bezug des Anteilseigentums, wonach insbesondere mit Blick auf den Kleinanleger das Aktieneigentum nicht die gleiche freiheitssichernde Persönlichkeitsnähe wie das Eigentum eines Privaten oder Einzelunternehmers aufweisen soll¹³⁶. Hierbei wird nämlich verkannt, daß es nicht um den Bezug des Anteilseigentümers zu den Gegenständen des Gesellschaftsvermö-

gens, sondern einzig um seinen Bezug zu dem verfassungsmäßig als eigenes Recht geschützten Anteilsrecht in seiner vermögensmäßigen und mitgliedschaftlichen Dimension geht¹³⁷. Zu seinem Anteilsrecht hat der Anteilseigentümer aber prinzipiell einen ebenso engen personalen Bezug wie zum Miteigentum oder jedem anderen durch Art. 14 GG geschützten vermögenswerten Recht. Das Anteilsrecht ist für ihn – wie anderes verfassungsmäßiges Eigentum auch – zumindest eine freiheits- und existenzsichernde Kapitalanlage¹³⁸. Für einen unternehmerisch engagierten Gesellschafter verkörpert das Anteilseigentum zudem den Wert seiner Leistungen und bildet die Grundlage seiner Persönlichkeitsentfaltung als Unternehmer, für die er sich vermittelt über die Gesellschaft auch die Gegenstände des Gesellschaftsvermögens zunutze macht¹³⁹. Das Anteilseigentum erfüllt damit die in einer immer wieder zu lesenden Formulierung des *BVerfG* gestellten Anforderungen, wonach das Eigentum seinem Träger einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich gewähren und eine eigenverantwortliche Gestaltung seines Lebens ermöglichen soll¹⁴⁰.

2. Eingriffe in das Anteilseigentum und ihre Rechtfertigung

a) Eingriffe durch Inhalts- oder Schrankenbestimmungen des Gesetzgebers

Das Anteilseigentum wird durch Art. 14 GG in dem Umfang geschützt, wie es in seiner vornehmlich gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung erworben wurde¹⁴¹. Neue gesetzliche Inhalts- und Schrankenbestimmungen, die die bisherigen Befugnisse des Anteilseigentümers abstrakt und generell beschneiden oder mit ihm neue Pflichten verbinden, stellen damit Eingriffe in das Anteilseigentum dar¹⁴². Als solche müssen sie zu ihrer Rechtfertigung im Rahmen von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG dem Verhältnismäßigkeitsprinzip sowie der Institutsgarantie des Eigentums und dem rechtsstaatlichen Prinzip des Vertrauensschutzes Rechnung tragen¹⁴³.

Gesetzliche Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Anteilseigentums werden dem Verhältnismäßigkeitsprinzip gerecht, wenn sie zunächst einem durch die Sozialbindung des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG vorgegebenen öffentlichen Interesse entsprechen, das beispielsweise in der gesamtwirtschaftlich bedeutsamen Erhaltung der wirtschaftli-

Bryde, GG, Art. 14 Rn. 3; teils a. A. Rittsteg, Eigentum als Verfassungsproblem, 1976, S. 348 und 362 f.

¹²⁸ Papier, in: Maunz-Dürig, GG Art. 14 Rn. 11; Rittner, in: Festschrift für Schilling, 1973, S. 363; a. A. noch M. Wolff, in: Festschrift für Kahl, 1923, Beitrag IV S. 6.

¹²⁹ BVerfGE 50, 290, 344.

¹³⁰ BVerfGE 14, 263, 276; 25, 371, 407; 50, 290, 342; BGHZ 82, 188, 192 = JZ 1982, 426 f., dazu Timm, S. 403; Friauf/DÖV 1976, 624, 627; Ossenbühl AöR 115 (1990), 1, 25 f.; Chlosta, Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung unter besonderer Berücksichtigung der Mitbestimmungsbegriffen, 1975, S. 173; Ebenroth/Koos BB 1995 Beilage Nr. 8, S. 3; Kluth ZIP 1997, 1217, 1219; a. A. Kunze RdA 1972, 257, 265 ff.

¹³¹ Suhr, Eigentumsinstitut und Aktieneigentum, 1966, S. 92 und 145 ff.; Kunze RdA 1972, 257, 268; krit. dazu Wiedemann ZGR 1979, 385, 428 ff. und Badura/Rittner/Rüthers (Fn. 106), S. 212 f.

¹³² So auch E. R. Huber (Fn. 127), S. 88 f.; zum Publikumsaktionär als Unternehmer Eckelt, Verfassungsrechtliche Kernfragen der Mitbestimmung, 1978, S. 8 f.; zum individualrechtlichen Aspekt der Mitgliedschaft auch Martens ZGR 1979, 493, 501 f.

¹³³ BVerfGE 50, 290, 345; 14, 263, 278 und 285; BGHZ 82, 188, 192 = JZ 1982, 426 f. dazu Timm, S. 403; Wiedemann (Fn. 2), S. 703; so auch für die Aktie OLG Düsseldorf BB 1960, 534, 535; Mülbart, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 1996, S. 64 und Ebenroth/Koos BB 1995 Beilage Nr. 8, S. 11.

¹³⁴ Leisner, HStR VI (2001) § 149 Rn. 117; Scholz AG 1972, 195, 198.

¹³⁵ Ähnlich auch v. Falkenhausen (Fn. 9), S. 216 f.

¹³⁶ BVerfGE 50, 290, 340 und 347 f.; Meyer-Abich, Der Schutzzweck der Eigentumsgarantie, 1980, S. 98 ff.; Chlosta (Fn. 130), S. 161 ff. und 176; Rittsteg (Fn. 127), S. 346 f., 351 und 362 f.; v. Münch/Bryde, GG, Art. 14 Rn. 4 und 22.

¹³⁷ In diesem Sinne auch Leisner (Fn. 134) Rn. 117; Badura/Rittner/Rüthers (Fn. 106), S. 206 und Eckelt (Fn. 132), S. 16.

¹³⁸ Dazu für den Kleinaktionär auch Martens ZGR 1979, 493, 504 f.

¹³⁹ Siehe dazu etwa E. R. Huber (Fn. 127), S. 98; U. Huber, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, 1970, S. 7 und Leisner JZ 1972, 33 ff.; zum „wirtschaftlichen“ Eigentum des Unternehmersgesellschafters an den Gegenständen des Gesellschaftsvermögens siehe nur U. Huber, aaO., S. 169 und für den Aktionär die Begründung zum RegE des AktG BT-Drucks. 4/171, S. 93 sowie krit. Wilhelm, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, 1981, S. 339 ff.

¹⁴⁰ Siehe nur BVerfGE 24, 367, 389 = JZ 1969, 228, 229; dazu auch Ossenbühl AöR 115 (1990), 1, 27.

¹⁴¹ BGHZ 82, 188, 192 = JZ 1982, 426 f., dazu Timm, S. 403; 70, 117, 126 = JZ 1978, 150, 152; Martens ZGR 1979, 493, 505; krit. Pütz/Willgerodt, Gleiches Recht für Beteiligungskapital, 1985, S. 115.

¹⁴² Pieroth/Schlink, Grundrechte, 2000, Rn. 899; für Beschränkungen des Aktieneigentums auch Ebenroth/Koos BB 1995 Beilage Nr. 8, S. 3 f. und Fechner/Schneider (Fn. 23), S. 33; zu Abgrenzungsproblemen zwischen Eigentumsbestimmung und Eigentumsbeschränkung Höfling (Fn. 13), S. 34 ff. und Kluth ZIP 1997, 1217, 1219 f.

¹⁴³ BVerfG ZIP 1990, 228, 230; BVerfGE 26, 215, 222; 83, 201, 212 f. = JZ 1991, 774, 776 m. Anm. Schwabe; Ebenroth/Koos BB 1995 Beilage Nr. 8, S. 4; v. Falkenhausen (Fn. 9), S. 203 ff.; speziell zum Vertrauensschutz: BVerfGE 58, 300, 351; 76, 220, 244 f.; Pieroth JZ 1990, 279, 281 f. und Zöllner/Noack AG 1991, 157, 163 f.

chen Funktionsfähigkeit der Gesellschaft¹⁴⁴, im Gläubigerschutz¹⁴⁵, in einer Verbesserung der gesellschaftsrechtlichen Kontrolle und Transparenz¹⁴⁶ oder in dem gebotenen Schutz der Mitgesellschafter¹⁴⁷ liegen kann. Im übrigen ist wie bei anderen Grundrechten auch die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Regelung i.e.S. zu prüfen. Dabei ist neben der Intensität des personalen Bezugs des Anteilseigentums¹⁴⁸ unter anderem zu berücksichtigen, ob nur in das Mitgliedschafts- oder nur in das Vermögensrecht oder aber in beide Rechte eingegriffen wird¹⁴⁹. In der Abwägung ist zudem den erwähnten Eigenarten des gesellschaftsrechtlich vermittelten und unternehmensbezogenen Anteilseigentums, aus denen sich insbesondere eine gesteigerte Sozialbindung und eine Hinnahme der allgemein aufgrund des Gesellschaftsvertrages mit dem Anteilsrecht verbundenen Risiken ableiten läßt, Rechnung zu tragen¹⁵⁰. Der Gesetzgeber darf bei alledem auch die verfahrensmäßige Absicherung des gebotenen Eigentumsschutzes des Anteilsrechts nicht außer Acht lassen¹⁵¹.

Besonders intensive Eingriffe in das Anteilseigentum, die etwa dieses Recht insgesamt entziehen, gegen den gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen oder den Ertrag eigener unternehmerischer Leistungen des Gesellschafters schmälern, sind schließlich überhaupt nur dann verhältnismäßig, wenn der Gesetzgeber unter Beachtung der Wertgarantie des Art. 14 GG zugleich eine finanzielle Entschädigung vorsieht (sog. ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung)¹⁵². Dieses Entschädigungsprinzip, das zu einem vollen Wertausgleich führt und insbesondere in dem stärker an Anlegerinteressen orientierten Kapitalgesellschaftsrecht von großer Bedeutung ist¹⁵³, vermag jedoch bei Eingriffen in das Anteilseigentum eines Unternehmerrgesellschafters, dessen mitverwaltungsrechtliche Komponente besonders stark ausgeprägt ist, die Verhältnismäßigkeit in aller Regel nicht zu gewährleisten.

Die Institutsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG sichert darüber hinaus den Ordnungskern bzw. den elementaren Bestand von Normen, die das Eigentum im Sinne dieser Grundrechtsbestimmung umschreiben¹⁵⁴. Das Anteilseigentum ist danach vom Gesetzgeber als privatnütziges Vermögens- und Mitgliedschaftsrecht zu erhalten¹⁵⁵, wobei dem

Gesetzgeber insoweit ein Gestaltungsspielraum zusteht, als er mehr die mitgliedschaftsrechtliche oder die vermögensrechtliche Komponente des Anteilsrechts betonen kann¹⁵⁶. Der in der Aktie verkörperte Vermögenswert muß durch Übertragung des Anteilsrechts oder Auseinandersetzung realisiert werden können¹⁵⁷. Er darf auch nicht zugunsten von längerfristigen unternehmerischen Interessen soweit ausgehöhlt werden, daß jede Rentabilität für den einzelnen Gesellschafter ausgeschaltet wäre¹⁵⁸. Als Mitgliedschaftsrecht muß das Anteilsrecht ein Mindestmaß an Mitsprache- und Kontrollrechten in der Gesellschaft und damit indirekte Verfügungsrechte über die Gegenstände des Gesellschaftsvermögens vermitteln¹⁵⁹. Gesellschaftsrechtliche Entscheidungen dürfen nicht ausschließlich auf zentrale Planungseinrichtungen konzentriert¹⁶⁰ oder ohne einstimmige Einführung von Mehrstimmrechten gegen den Willen der Mehrheit der Anteilsinhaber getroffen werden.

Bei Eingriffen in das mit dem Anteilseigentum verbundene Dauerrechtsverhältnis der Mitgliedschaft handelt es sich schließlich fast immer um Regelungen mit unechter Rückwirkung¹⁶¹. Neuordnungen des Anteilseigentums sind daher nur dann zulässig, wenn das öffentliche Interesse an einer Änderung generell schutzwürdiger ist als das Vertrauen der Anteilseigentümer in den Bestand der bisherigen Ausgestaltung des Anteilseigentums. Dabei geht es ausschließlich um den Schutz des Vertrauens gegenüber gesetzlichen Maßnahmen, so daß der Vertrauensstatbestand nicht durch die Möglichkeit der privatautonomen Abschaffung von Mitgliedschaftsrechten etwa durch Satzungsänderung zerstört wird¹⁶². Das Vertrauensschutzprinzip kann insbesondere angemessene Übergangsregelungen gebieten¹⁶³.

b) Eingriffe durch Legal- oder Administrativenteignungen

Wird das Anteilseigentum einem Gesellschafter als Teil eines bestimmten oder bestimmbarer Personenkreises durch Gesetz oder individuell durch administrative Maßnahmen vollständig oder teilweise entzogen¹⁶⁴, handelt es sich um eine Legal- bzw. Administrativenteignung. Derartige Eingriffe, bei denen es sich nicht lediglich um gesetzlich mögliche Entziehungen des Anteilseigentums von privater Seite handeln darf¹⁶⁵, haben im Gesellschaftsrecht zwar eine geringere

¹⁴⁴ So für die Aktiengesellschaft *BVerfGE* 14, 263, 282; *Ebenroth/Koos* BB 1995 Beilage Nr. 8, S. 8; v. *Falkenhausen* (Fn. 9), S. 120 und 203 sowie *Fechner/Schneider* (Fn. 23), S. 88.

¹⁴⁵ *OLG Hamm* GmbHR 1987, 357.

¹⁴⁶ So für die Abschaffung der aktienrechtlichen Mehrstimmrechte durch das *KonTraG Kluth* ZIP 1997, 1217, 1222.

¹⁴⁷ *BVerfGE* 14, 263, 282 (Schutz der Unternehmerfreiheit des Mehrheitsgesellschafters).

¹⁴⁸ *BVerfGE* 14, 263, 283; 50, 290, 342 f.; *Chlosta* (Fn. 130), S. 77 f. und 144 ff.; *Papier*, in: *Maunz-Dürig*, GG, Art. 14 Rn. 193; v. *Münch/Bryde*, GG, Art. 14 Rn. 4; *Ebenroth/Koos* BB 1995 Beilage Nr. 8, S. 5; *Badura/Rittner/Rüthers* (Fn. 106), S. 222.

¹⁴⁹ *BVerfGE* 50, 290, 347 und 351.

¹⁵⁰ *Ebenroth/Koos* BB 1995 Beilage Nr. 8, S. 4 f.; *Wiedemann* (Fn. 2), S. 704 und 712; *Leisner* (Fn. 134), Rn. 117.

¹⁵¹ v. *Falkenhausen* (Fn. 9), S. 237 ff.

¹⁵² *BVerfGE* 83, 201, 212 f. = JZ 1991, 774, 776 m. Anm. *Schwabe*; 79, 174, 192; *Albrod*, Entschädigungsbedürftige Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG, 1995, S. 153 ff.; *Sass*, Art. 14 GG und das Entschädigungserfordernis, 1992, S. 301 ff.; *Kluth* ZIP 1997, 1217, 1222.

¹⁵³ Näher v. *Falkenhausen* (Fn. 9), S. 205 f. und 224 f.; *Wiedemann* (Fn. 2), S. 704; *Ulmer* BB 1964, 665, 668; vgl. auch *BVerfGE* 14, 263, 284 und in neuerer Zeit auch *Mülbert* (Fn. 133), S. 299 ff. und passim.

¹⁵⁴ *BVerfGE* 24, 367, 389 = JZ 1969, 228, 229; 26, 215, 222; 58, 300, 339.

¹⁵⁵ Ähnlich *Ebenroth/Koos* BB 1995 Beilage Nr. 8, S. 4; v. *Falkenhausen* (Fn. 9), S. 104; *Badura/Rittner/Rüthers* (Fn. 106), S. 221 ff.; *Papier* VVDStRL 35 (1977), 55, 82; *Rüfner* DVBl. 1976, 689, 692.

¹⁵⁶ So auch für das Aktieneigentum *BVerfGE* 14, 263, 278.

¹⁵⁷ Zu insoweit bestehenden verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber „Zwangsübernahmeangeboten“ *Loritz/Wagner* WM 1991, 709, 714 ff.

¹⁵⁸ So auch für das Aktieneigentum *Ebenroth/Koos* BB 1995 Beilage Nr. 8, S. 11.

¹⁵⁹ *E. R. Huber* (Fn. 127), S. 86 f.; *Papier* VVDStRL 35 (1977), 55, 92; *Rittner* (Fn. 128), S. 374 ff.; die Existenz eines durch die Eigentumsgarantie geschützten Minimums an Rechtszuständigkeiten bezweifelt jedoch *Wiedemann* (Fn. 2), S. 702.

¹⁶⁰ *Stober* (Fn. 101), S. 91; *Papier*, in: *Maunz-Dürig*, GG, Art. 14 Rn. 504 f.

¹⁶¹ *Zöllner/Noack* AG 1991, 157, 163 f.

¹⁶² *Zöllner/Noack* AG 1991, 157, 164.

¹⁶³ *BVerfGE* 70, 191, 201; 83, 201, 212 f. = JZ 1991, 774, 776 m. Anm. *Schwabe*; *Kluth* ZIP 1997, 1217, 1222; *Zöllner/Noack* AG 1991, 157, 164 f.

¹⁶⁴ Zur Abgrenzung der Legalenteignung von den Inhalts- und Schrankenbestimmungen siehe nur *BVerfGE* 52, 1, 27 f. = JZ 1979, 800, 801 und 72, 66, 76.

¹⁶⁵ So wurde die von der Mehrheit der Gesellschafter nach den §§ 9 und 15 UmwG 1956 durchgesetzte Umwandlung der Feldmühle AG in den Entscheidungen des *BVerfGE* 14, 263, 277; *OLG Düsseldorf* BB 1960, 683 und *OLG Hamburg* BB 1960, 189 zu Recht nicht als Legalenteignung der ihr Anteilseigentum an der Gesellschaft verlierenden Minderheitsgesellschafter angesehen; krit. dazu allerdings *Körner* BB 1960, 687, 689; gegen eine Anwendbarkeit des Art. 14 Abs. 3 GG auf den Entzug von Mehrstimmrechten durch Beschluß der Hauptversammlung auch *Kluth* ZIP 1997, 1217, 1222 und *Zöllner/Noack* AG 1991, 157, 161.

praktische Bedeutung als die Inhalts- und Schrankenbestimmungen, doch werden aufgrund der schwierigen und umstrittenen Abgrenzung zwischen Inhalts- bzw. Schrankenbestimmungen und Legalenteignung vielfach auch unzumutbar schwere Beschränkungen des Anteilseigentums und insbesondere der zielgerichtete Entzug von Mitgliedschaftsrechten als Teilenteignung qualifiziert¹⁶⁶. Von einer Enteignung des Anteilseigentümers „auf kaltem Wege“ kann insbesondere dann die Rede sein, wenn die Privatnützigkeit und prinzipielle Rentabilität des Anteilseigentums durch gesetzgeberische Maßnahmen genommen wird¹⁶⁷.

Enteignungen sind nur zum Wohle der Allgemeinheit und gegen eine gesetzlich nach Art und Ausmaß festgelegte Entschädigung möglich. Die Gemeinwohlbindung schließt dabei nicht aus, daß der Gesetzgeber in vermögenswerte Rechte eines Gesellschafters zugunsten eines anderen Gesellschafters oder der Gesellschaft eingreift, sofern dieser Eingriff zugleich einem wesentlichen Interesse der Allgemeinheit dient, dessen Wahrung dauerhaft gesichert ist und dessen Gewicht die Sonderbelastung des einen Gesellschafters für sich gesehen zu rechtfertigen vermag¹⁶⁸. Entschädigungspflichtig ist zwar grundsätzlich der durch die Enteignung unmittelbar Begünstigte¹⁶⁹, wozu neben den verschiedenen Hoheitsträgern auch die Mitgesellschafter oder die Gesellschaft gehören können¹⁷⁰. Allerdings sollten die Mitgesellschafter bzw. die Gesellschaft nur dann als Begünstigte zur Entschädigung verpflichtet sein, wenn sie an der Enteignung durch einen Gesellschafterbeschuß oder das Verhalten von Geschäftsorganen mitgewirkt haben¹⁷¹. Geht die Initiative hingegen allein vom Staat aus, ist die Entschädigung von demjenigen Hoheitsträger zu leisten, dessen Aufgaben mit der Enteignung erfüllt werden oder dem hierdurch ein besonderer Vorteil erwachsen ist¹⁷². In Betracht kommt gegebenenfalls auch eine gemeinsame Verpflichtung des begünstigten Privaten und des interessierten Hoheitsträgers¹⁷³.

¹⁶⁶ So für den Entzug von (bestimmten) Mehrstimmrechten etwa *Zöllner/Noack* AG 1990, 157, 160 und *Kluth* ZIP 1997, 1217, 1220 f.; für den gesetzlich angeordneten Eintritt von Gesellschaftern *Leisner* DVBl. 1976, 125, 126 ff. und *Papier* VVDStRL 35 (1977), 55, 94 f. (beschränkt auf personalistisch strukturierte Gesellschaften).

¹⁶⁷ *Scholz*, Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz, 1974, S. 86.

¹⁶⁸ Zur Möglichkeit und den Voraussetzungen einer Enteignung zugunsten Privater allgemein *BVerfGE* 74, 264, 284 ff. = JZ 1987, 614, 615 ff. m. Anm. *Papier*, 66, 248, 257 ff.; *Wieland*, in: *Dreier* (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar (1996) Art. 14 Rn. 95 ff.; *Bullinger* Der Staat 1 (1962), 449, 450 ff. und 470 ff. mit 475; *Schmidbauer*, Enteignung zugunsten Privater, 1989, S. 55 ff.; vgl. zur Problematik auch *BGHZ* 105, 94, 101 f.

¹⁶⁹ *BGHZ* 60, 126, 143; *Wieland* (Fn. 168), Art. 14 Rn. 113.

¹⁷⁰ Einen Entschädigungsanspruch gegen die Gesellschaft begründet etwa § 5 Abs. 3 EGAG, da es nach Ansicht des Gesetzgebers die Gesellschaft gewesen sei, die zuvor von den für die Gewährung des Mehrstimmrechts erbrachten Gegenleistungen des Gesellschafters profitiert habe (vgl. dazu die Begründung zum RegE, BT-Drucks. 4/171, S. 311); krit. *Zöllner/Noack* AG 1991, 157, 160.

¹⁷¹ Für die Bestimmung eines ausgleichspflichtigen Hoheitsträgers soll es allerdings nur auf die bloße Tatsache der (Mit)Begünstigung ankommen und eine Zustimmung des Begünstigten zur Enteignung entbehrlich sein; dazu *Kreft*, Öffentlich-rechtliche Ersatzleistungen, 1998, Rn. 306 unter Hinweis auf *BGH* WM 1960, 410, 412.

¹⁷² So für den gesetzlichen Entzug von Mehrstimmrechten auch *Zöllner/Noack* AG 1991, 157, 160, die insbesondere auch auf Probleme der Realisierung einer Entschädigungspflicht der Mitgesellschafter in der Aktiengesellschaft verweisen; für eine Entschädigungspflicht allein des Staates allgemein *Schmidbauer* (Fn. 168), S. 287; zur Bestimmung des entschädigungspflichtigen Hoheitsträgers allgemein *Kreft* (Fn. 171), Rn. 304 ff.; *Steinberg/Lubberger*, Aufopferung – Enteignung und Staatshaftung, 1991, S. 198 m.w.N.

¹⁷³ *Steinberg/Lubberger* (Fn. 172), S. 199.

c) Eingriffe durch das Unterlassen gebotenen staatlichen Grundrechtsschutzes

Der Gesetzgeber und die Rechtsprechung haben aufgrund ihrer Pflicht, das Anteilseigentum auch gegen private Eingriffe zu schützen¹⁷⁴, die Privatrechtsordnung und insbesondere das Gesellschaftsrecht so auszugestalten, daß unverhältnismäßige Beschränkungen des Anteilseigentums von Seiten der Leitungsorgane oder der Mitgesellschafter verhindert werden¹⁷⁵. Bei der Überprüfung privater Eingriffe in das Anteilseigentum hat man zunächst zwischen verschiedenen Eingriffszielen und Eingriffswirkungen zu unterscheiden. So wird ein Eingriff, der wie etwa ein Bezugsrechtsausschluß im Interesse der Gesellschaft liegt und alle Gesellschafter gleichermaßen trifft, viel eher als verhältnismäßig angesehen werden können als ein Eingriff, der wie beispielsweise die Abschaffung von Mehrstimmrechten durch Gesellschafterbeschuß (§ 5 Abs. 2 EGAktG) direkt oder indirekt nur einem Teil der Gesellschafter zugute kommt und zu Lasten des anderen Teils der Gesellschafter geht¹⁷⁶. Zudem ist zu klären, ob es sich wie etwa bei den Schranken der Mehrheitsherrschaft um die Verweigerung einer Handlungsbefugnis zum Schutz des Anteilseigentums der Mitgesellschafter oder wie beispielsweise bei der Möglichkeit zum Gesellschafterausschluß um die Ermächtigung der Mitgesellschafter zu einem Eingriff in das Anteilseigentum handelt. In den zuletzt genannten Fällen wird nur eine bereits durch das Gesetz oder zumindest durch die richterliche Inhaltskontrolle von Mehrheitsbeschlüssen an bestimmte Tatbestandsvoraussetzungen geknüpfte und mit Ausgleichspflichten verbundene Eingriffsbefugnis den verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht werden können.

III. Individualrechtlicher Schutz der Vereinigungsfreiheit

1. Gesellschaftertätigkeit und Schutzbereich des Art. 9 Abs. 1 GG

Das Grundrecht der allgemeinen Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) garantiert als Individualrecht die Freiheit des einzelnen, sich aus privater Initiative mit anderen zu Vereinigungen jedweder Art und zu beliebigen Zwecken zusammenzuschließen (Gründungsfreiheit), ihnen beizutreten (Beitrittsfreiheit), sich in ihnen (interne Organisations- und Betätigungsfreiheit) bzw. mit ihrer Hilfe (externe individuelle Betätigungsfreiheit) zu betätigen sowie diese wieder aufzulösen, ihnen fernzubleiben und aus ihnen wieder auszutreten (negative Vereinigungsfreiheit)¹⁷⁷. Damit werden der wirtschaftlich vielfach unabdingbare¹⁷⁸ privatautonome Zusammenschluß eines Gesellschafters mit anderen Gesellschaftern, die gemeinschaftliche Organisation der unternehmerischen Ressourcen und unternehmerischen Initiative sowie die Handlungen zur Erhaltung der Gesellschaft durch Art. 9 Abs. 1 GG geschützt¹⁷⁹. Dies gilt auch für den Erwerb, das Innehaben und die Veräußerung von Anteilsrechten an Gesellschaften sowie die Ausübung der gesellschaftsrechtli-

¹⁷⁴ Zur Schutzpflicht näher oben A I.

¹⁷⁵ v. *Falkenhausen* (Fn. 9), S. 104 ff.; *Winter* GmbH 1960, 101, 104.

¹⁷⁶ Siehe dazu auch die Fallgruppen bei v. *Falkenhausen* (Fn. 9), S. 206 ff.

¹⁷⁷ *BVerfGE* 38, 281, 298 und 303; *Scholz*, in: *Maunz-Dürig*, GG Art. 9 Rn. 78 ff.; *Bauer*, in: *Dreier* (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar (1996) Art. 9 Rn. 17; *Badura/Rittner/Rüthers* (Fn. 106), S. 215.

¹⁷⁸ *Ottmann* (Fn. 58), S. 145; *Badura* (Fn. 101), S. 5; *Papier* VVDStRL 35 (1977), 55, 87 f.

¹⁷⁹ *Scholz*, in: *Maunz-Dürig*, GG, Art. 9 Rn. 111; *Badura* (Fn. 101), S. 13 f.; *Wollburg*, Die Anwendbarkeit von Art. 9 Abs. 1 GG auf Kapitalgesellschaften, 1984, S. 16 ff.; *Ottmann* (Fn. 58), S. 138 ff.; *Badura/Rittner/Rüthers* (Fn. 106), S. 215 ff.

chen Befugnisse aus diesen Anteilsrechten¹⁸⁰. Keinen Schutz erhält hingegen die Alleingesellschafterstellung¹⁸¹.

Da die Vereinigungsfreiheit letztlich der persönlichen Entfaltung der beteiligten Individuen dient, weist auch das Grundrecht des Art. 9 Abs. 1 GG einen personalen Grundzug auf¹⁸². Aus diesem Grund wurde der Schutz der individuellen und kollektiven Vereinigungsfreiheit für Kapitalgesellschaften verschiedentlich ganz in Frage gestellt bzw. auf den Vorgang der Gesellschaftsgründung beschränkt. Begründet wird dies damit, daß die Mitgliedschaft in Kapitalgesellschaften regelmäßig nicht Bestandteil der individuellen Lebensgestaltung sei und die Bindungen der Mitglieder untereinander sowie zur Gesellschaft eine geringe Intensität aufwiesen¹⁸³. Diese Einschränkung, die bereits angesichts des allgemein von Gesellschaften sprechenden Wortlauts des Art. 9 Abs. 1 GG und des auch bei Anlagegesellschaften in reinen Publikumskapitalgesellschaften bestehenden Schutzbedürfnisses nicht gerechtfertigt ist¹⁸⁴, kann jedenfalls dann nicht mehr zum Tragen kommen, wenn hiervon Unternehmensgesellschafter betroffen sind. Diese verdienen entgegen der offenbar auch vom *BVerfG* geteilten Ansicht selbst dann den besonderen Schutz der Vereinigungsfreiheit, wenn sie sich nicht in einer Gesellschaft gleichberechtigter Mitunternehmer vereinigen, sondern als einziger Inhaber eines Großanteils die Gesellschaft beherrschen und dadurch das personale Element der Vereinigungsfreiheit der namentlich als Kapitalgeber fungierenden Mitgesellschafter möglicherweise eingeschränkt ist¹⁸⁵. Anderenfalls würde der allgemein anerkannte primäre Charakter des Art. 9 Abs. 1 GG als Individualgrundrecht in Frage gestellt.

2. Eingriffe in die Vereinigungsfreiheit von Gesellschaftern und ihre Rechtfertigung

a) Gesetzgeberische Eingriffe durch Ausgestaltungsregelungen

Angesichts der Natur der Gesellschaft als ein rechtlich geordnetes Beziehungsgeflecht steht Art. 9 Abs. 1 GG unter einem Ausgestaltungsvorbehalt zugunsten des Gesetzgebers¹⁸⁶. Da aus der Vereinigungsfreiheit auch keine Institutsgarantie des überkommenen Gesellschaftsrechts abgeleitet werden kann¹⁸⁷, sind gesellschaftsrechtliche Ausgestaltungsregelungen bereits durch die Notwendigkeit gerechtfertigt, die Gesellschaften in die allgemeine Rechtsordnung einzufügen, die Sicherheit des Rechtsverkehrs oder die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft zu gewährleisten, schutzbedürftige

Belange der Mitglieder oder Dritter zu sichern oder öffentliche Interessen zu wahren¹⁸⁸. Der Gesetzgeber muß lediglich eine hinreichende Vielfalt von funktionsfähigen Rechtsformen zur Verfügung stellen, die den verschiedenen Typen von Vereinigungen und damit auch der gesellschaftsrechtlich vermittelten Unternehmertätigkeit gerecht werden, da er anderenfalls die kollektive gegenüber der individuellen Zweckverfolgung diskriminieren würde¹⁸⁹. Darüber hinaus sind Inhaltsbestimmungen dann als Eingriff in die Vereinigungsfreiheit zu werten, wenn sie die Grundsätze der freien Assoziation zu selbstgewählten Zwecken sowie der Organisations- bzw. Willensbildungsautonomie der Vereinigung und damit den Schutzgehalt des Art. 9 Abs. 1 GG in seinem Kernbereich mißachten¹⁹⁰. Abgesehen von dem im Gesellschaftsrecht unbedeutenden Spezialfall des Art. 9 Abs. 2 GG können derartige Eingriffe nur verfassungsimmanent mit dem Schutz von Rechtsgütern mit Verfassungsrang und bei Wahrung der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt werden¹⁹¹.

In der bisherigen gesellschaftsrechtlich relevanten Rechtsprechung zu Art. 9 Abs. 1 GG wurden etwa die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in größere Unternehmen tragenden Kapitalgesellschaften¹⁹², die Begrenzung der Rechtsfähigkeit¹⁹³, die Mehrheitsumwandlung¹⁹⁴ und die Zwangszuteilung von Aktien¹⁹⁵ in ihrer konkreten gesetzlichen Ausgestaltung als verfassungsgemäß eingestuft. Demgegenüber hat das *BVerfG* inzident verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Aufkretierung von Mitgesellschaftern und die Einschränkung der Funktionsfähigkeit von Gesellschaften durch den Gesetzgeber geäußert¹⁹⁶. In der Tat würde es sich hierbei nicht mehr um bloße Ausgestaltungsregelungen, sondern um Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 1 GG handeln, die nur schwerlich durch immanente Grundrechtsschranken zu rechtfertigen wären. Darüber hinaus könnten Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit eines umfassenden Konzessionssystems¹⁹⁷, eines Zwangs zu öffentlichen Übernahmeangeboten¹⁹⁸, einer gesetzlichen Festlegung von Beteiligungsschwellen bzw. Höchststimmrechten¹⁹⁹ oder einer gesetzlichen Einräumung von Fremdmitgliedschaftsrechten²⁰⁰ erhoben werden. Eine gesetzliche Abschaffung der Auflösungsmöglichkeit von Kapitalgesellschaften nach § 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG bzw. § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG dürfte mit

¹⁸⁸ *BVerfGE* 50, 290, 355; v. Münch/Kunig/Löwer, GG, (2000), Art. 9 Rn. 20.

¹⁸⁹ *BVerfGE* 50, 290, 355; Scholz, in: Maunz-Dürig, GG, Art. 9 Rn. 30; Papier VVDStRL 35 (1977), 55, 94 und 100; Ottmann (Fn. 58), S. 183 ff. und 261 f.

¹⁹⁰ *BVerfGE* 50, 290, 354 ff.; Badura (Fn. 101), S. 15; Badura/Rittner/Rüthers (Fn. 106), S. 218; Ottmann (Fn. 58), S. 186 ff.; Pernthaler (Fn. 187), S. 39 ff.; Wollburg (Fn. 179), S. 153.

¹⁹¹ Eingehend Ottmann (Fn. 58), S. 197 ff., 221 ff. und 255 ff.; Reuter/Körnig ZHR 140 (1976), 494, 507; Merten (Fn. 184), Rn. 71; zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Rahmen von Art. 9 *BVerfGE* 50, 290, 355 und 359 ff. und Wollburg (Fn. 179), S. 153.

¹⁹² *BVerfGE* 50, 290, 353 ff.

¹⁹³ *BVerfGE* 58, 26, 33 ff.

¹⁹⁴ *BVerfGE* 14, 263, 273 ff.

¹⁹⁵ *BVerfGE* 4, 7, 25 f. (unter Hinweis auf die vorrangige Vermögensnatur der Aktie); zu Recht krit. Merten (Fn. 184), Rn. 57; a. A. auch bereits Ipsen AöR 78 (1952/53), 284, 312 f.

¹⁹⁶ *BVerfGE* 50, 290, 356 f.

¹⁹⁷ Scholz, in: Maunz-Dürig, GG, Art. 9 Rn. 79; Schmidt-Bleibtreu/Klein/Kannengießer GG (1999), Art. 9 Rn. 6; Sachs/Höfling, GG, (1999), Art. 9 Rn. 34.

¹⁹⁸ Dazu ausschließlich unter Prüfung der Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG Loritz/Wagner WM 1991, 709 ff.

¹⁹⁹ Zur Vereinbarkeit von Mehrstimmrechten und Stimmrechtsausschlüssen mit Art. 9 Abs. 1 GG als bloßer Ausgestaltungsregelung allerdings Hamann AG 1962, 287, 288 und Merten (Fn. 184), Rn. 45.

²⁰⁰ Scholz, in: Maunz-Dürig, GG, Art. 9 Rn. 93; Ottmann (Fn. 58), S. 184 ff.; Lutter, Vermögensbildung und Unternehmensrecht, 1975, S. 24 ff.

¹⁸⁰ Badura/Rittner/Rüthers (Fn. 106), S. 195 f. und 215; Scholz, in: Maunz-Dürig, GG, Art. 9 Rn. 93; einschränkend allerdings Hamann AG 1962, 287, 287 f.

¹⁸¹ Bauer (Fn. 177), Art. 9 Rn. 34; v. Münch/Kunig/Löwer GG, (2000), Art. 9 Rn. 25 und Wollburg (Fn. 179), S. 88.

¹⁸² *BVerfGE* 50, 290, 353 f.; AK-GG/Rinken (1989) Art. 9 I Rn. 42; Schmidt-Bleibtreu/Klein/Kannengießer, GG, (1999), Art. 9 Rn. 5d; eingehend Wollburg (Fn. 179), S. 40 ff.; krit. Ottmann (Fn. 58), S. 99 ff.

¹⁸³ AK-GG/Rinken (1989) Art. 9 I Rn. 48; v. Falkenhausen (Fn. 9), S. 103; offengelassen von *BVerfGE* 50, 290, 355 f. und 357 f.; zweifelnd auch Schmidt-Bleibtreu/Klein/Kannengießer (1999), Art. 9 Rn. 5d.

¹⁸⁴ Dazu eingehend Wollburg (Fn. 179), S. 6 ff. (Schutzbedürfnis) und 88 ff. (Anwendbarkeit auf Publikumskapitalgesellschaften); ferner Merten, HStR VI (2001), § 144 Rn. 41 und Ottmann (Fn. 58), S. 123 ff.

¹⁸⁵ *BVerfGE* 50, 290, 356; Schmidt-Bleibtreu/Klein/Kannengießer, GG, (1999), Art. 9 Rn. 5d.

¹⁸⁶ *BVerfGE* 50, 290, 354 f. und 359; v. Münch/Kunig/Löwer, GG, (2000), Art. 9, Rn. 21; Badura (Fn. 101), S. 14 f.; Scholz, in: Maunz-Dürig, GG, Art. 9 Rn. 93; krit. Ottmann (Fn. 58), S. 147 ff.; Bauer (Fn. 177), Art. 9 Rn. 47.

¹⁸⁷ *BVerfGE* 50, 290, 355; Scholz, in: Maunz-Dürig, GG, Art. 9 Rn. 26; a. A. Pernthaler, Qualifizierte Mitbestimmung und Verfassungsrecht, 1972, S. 24 f. (Institutsgarantie eines Kernbestands von Einrichtungen des Assoziationsrechts).

Art. 9 Abs. 1 GG schließlich auch dann nicht vereinbar sein, wenn diese Gesellschaften ein gesamt- oder regionalwirtschaftlich bedeutsames Unternehmen betreiben würden²⁰¹.

b) Eingriffe durch das Unterlassen gebotenen staatlichen Grundrechtsschutzes

Auch im Rahmen von Art. 9 Abs. 1 GG ist ein Eingriff des Gesetzgebers oder der Rechtsprechung durch ein Unterlassen gebotenen Grundrechtsschutzes durch staatliche Regelung der privaten Rechtsausübung möglich. Dies gilt insbesondere für die Grenzen der grundsätzlich privatautonomen Entscheidung von Vereinigungen über Veränderungen in ihrem Mitgliederbestand²⁰². Daher sind sämtliche gesetzliche Regelungen und Gerichtsentscheidungen zur Aufnahme, zum Wechsel und zum Ausscheiden eines Gesellschafters am Maßstab des Über- und Untermaßverbotes zu messen²⁰³ sowie die Sittenwidrigkeit vertraglicher Regelungen unter Beachtung der Vereinigungsfreiheit zu beurteilen²⁰⁴. Dabei ist im Falle gesellschaftsvertraglicher Austrittsbeschränkungen zu beachten, daß der betroffene Gesellschafter im konkreten Fall durch seinen freiwilligen Beitritt innerhalb der soeben dargelegten Grenzen auf den Schutz der Vereinigungsfreiheit verzichtet hat²⁰⁵ und stets ein Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund besteht²⁰⁶. Zu berücksichtigen ist schließlich, daß dem Unternehmergesellschaften im Vergleich zum Anlagegesellschafter aufgrund des personalen Einschlags der Grundrechtsgewährleistung ein gesteigerter Schutz zuteil wird²⁰⁷.

IV. Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit von Gesellschaftern

Als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit genießt auch die Gesellschaftertätigkeit den Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG²⁰⁸. Nach allgemeiner Meinung tritt jedoch der aufgrund seiner weitreichenden Schranken verhältnismäßig schwache Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG²⁰⁹ hinter den speziellen Freiheitsge-

währleistungen des Grundrechtskatalogs zurück, sofern diese den betreffenden Eingriff bzw. das geschützte Verhalten vollständig erfassen²¹⁰. Dies begründet insbesondere die Subsidiarität des Art. 2 Abs. 1 GG gegenüber Art. 12 Abs. 1 GG bzw. Art. 14 GG, soweit es um die Berufsausübung des Unternehmergesellschafters²¹¹ bzw. um die Disposition über das Anteilseigentum und das im Unternehmen gebundene Eigentum der Gesellschaft geht²¹². Auch die gesellschafts-, berufs- und eigentumsbezogene Vertragsfreiheit wird vorrangig durch die Art. 9, 12 und 14 GG geschützt²¹³. Entgegen der traditionellen Auffassung²¹⁴ sollte zudem die Wettbewerbsfreiheit in ihrer Ausübung durch Art. 12 Abs. 1 GG und in ihren Bedingungen durch Art. 14 GG (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) geschützt werden²¹⁵. Art. 2 Abs. 1 GG könnte damit nur noch dann zum Tragen kommen, wenn etwa ein Gesetz spezifisch die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung in der marktwirtschaftlichen Wettbewerbsordnung als Ganzes beträfe, ohne selbständige Auswirkungen auf die Eigentumsverwendung oder auf Art und Gestaltung der Unternehmenstätigkeit zu zeitigen²¹⁶.

C. Zusammenfassung

Obwohl Gesellschaften und Gesellschafter als Privatrechtssubjekte keiner subjektiven Grundrechtsbindung unterliegen, führt die Bindung der Zivilgesetzgebung und Zivilrechtsprechung sowie die Funktion der Grundrechte als einer das gesamte Recht beherrschenden objektiven Wertordnung zu einer objektiven Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf gesellschaftsrechtliche Verhältnisse. Diese Ausstrahlungswirkung ist nicht allein auf die Ausfüllung zivilrechtlicher Generalklauseln oder unbestimmter Rechtsbegriffe beschränkt. Sie entfaltet sich namentlich in Ungleichgewichtslagen und im Kernbereich der Grundrechtsgewährleistung aufgrund der Schutzgebotsfunktion der Grundrechte. Der in aller Regel gebotene Vorrang der detaillierten und abgewogenen Gesellschaftsrechtsordnung sowie der privatautonomen Rechtsgestaltung der Gesellschafter wird durch die engen Voraussetzungen der objektiven Ausstrahlungswirkung der Grundrechte im Privatrecht und durch eine von Seiten des *BVerfG* verminderte Kontrolldichte hinreichend gewahrt.

²⁰¹ Vgl. dazu den hypothetischen Vorschlag eines Sondergesetzes zur Verhinderung der Auflösung der Deutschen Bank AG bei *Rathenau*, Vom Aktienwesen – Eine geschäftliche Betrachtung, 1918, S. 155; wie hier *Ottmann* (Fn. 58), S. 189 f.; für die grundsätzliche Unbedenklichkeit staatlicher Einschränkungen der Auflösungsautonomie bei Kapitalgesellschaften unter Aufrechterhaltung individueller Kapitalentwidlungsmöglichkeiten hingegen *Papier VVDStRL* 35 (1977), 55, 98 mit Fn. 188.

²⁰² Dazu allgemein nur *OLG Celle* NJW-RR 1989, 313, 314 (Grenzen der Satzungsautonomie nur im Falle eines Aufnahmewangs bei Bestehen eines wirtschaftlichen oder sozialen Machtgefälles); *LG Heidelberg* NJW 1991, 927 f. (Inhaltskontrolle eines Vereinsbeschlusses im Falle eines Aufnahmewangs bei überragender Machtstellung).

²⁰³ Problematisch erscheinen hier beispielsweise die Regelung des § 39 Abs. 2 BGB (dazu *Merten* [Fn. 184], Rn. 47; sowie *Scholz*, in: *Maunz-Dürig*, GG, Art. 9 Rn. 92), die Pflicht zur Rückübertragung von Belegschaftsaktien bei Ausscheiden des Mitarbeiteraktionärs (dazu *BayObLG* DB 1989, 214, 215) sowie die nachträgliche Einführung oder Verschärfung einer Vinkulierung, die allerdings wegen des Erfordernisses einer Zustimmung aller betroffenen Aktionäre (§ 180 Abs. 2 AktG) bzw. des auch im GmbH-Recht gewährten Schutzes (zur entsprechenden Diskussion siehe nur *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Gesetz Kommentar [2000] § 15 Rn. 25) grundsätzlich als verfassungsgemäß gelten kann.

²⁰⁴ *Merten* (Fn. 184), Rn. 46 f.; *Scholz*, in: *Maunz-Dürig*, GG, Art. 9 Rn. 92 und 97 f.

²⁰⁵ So auch *Merten* (Fn. 184), Rn. 47.

²⁰⁶ *Merten* (Fn. 184), Rn. 47; zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund nur *BGH LM* § 39 BGB Nr. 2.

²⁰⁷ *Wollburg* (Fn. 179), S. 101 ff.

²⁰⁸ Siehe nur *BVerfGE* 14, 263, 282 f.; 50, 290, 366.

²⁰⁹ Vgl. dazu nur *BVerfGE* 29, 260, 267 (Rechtfertigung eines Eingriffs in die Unternehmerfreiheit, wenn der Gesetzgeber entsprechend dem Sozialstaatsprinzip aus überwiegenden gesamtwirtschaftlichen und sozialen Gründen die im Interesse des Gemeinwohls liegenden oder doch vertretba-

ren Maßnahmen trifft) und *BVerfGE* 50, 290, 366 (außerhalb des unantastbaren Kernbereichs Rechtfertigung durch die Verfolgung von Zwecken des Gemeinwohls); zur sog. „Elfen-Konstruktion“ siehe nur *BVerfGE* 6, 32 ff.

²¹⁰ *BVerfGE* 6, 32, 37; 19, 206, 215; speziell für die Unternehmerfreiheit *BVerfGE* 50, 290, 363; 30, 292, 335 f.; *Rüfner*, DVBl. 1976, 689 f.; *Scholz*, AöR 100 (1975), 80, 127 ff.; *Badura/Rittner/Rüthers* (Fn. 106), S. 193.

²¹¹ Zur Subsidiarität gegenüber der Berufsfreiheit *BVerfGE* 30, 292, 335 f.; vgl. dazu auch *Schwerdtfeger*, Zur Verfassungsmäßigkeit der paritätischen Mitbestimmung, 1978, S. 63 f.

²¹² *Papier*, in: *Maunz-Dürig*, GG, Art. 14 Rn. 226; *Badura/Rittner/Rüthers* (Fn. 106), S. 193; *Frotscher* JuS 1981, 662, 665; a. A. noch für komplexe Eingriffstatbestände *Ipsen* AöR 90 (1965), 393, 429 ff.

²¹³ *Papier*, in: *Maunz-Dürig*, GG, Art. 14 Rn. 227; *Scholz*, in: *Maunz-Dürig*, GG, Art. 12 Rn. 131; *Laufke*, in: *Festschrift für H. Lehmann* Bd. 1, 1956, S. 156 und 162 f.; *Krause* JZ 1984, 711, 717 f.; *Höfling* (Fn. 13), S. 14 ff.; *Schlechtriem* (Fn. 37), S. 40.

²¹⁴ *BVerfGE* 17, 306, 309 = JZ 1964, 452 ff.; 30, 191, 198; *BGHZ* 23, 365, 371; *Badura*, Wirtschftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 1971, S. 137.

²¹⁵ So auch *BVerfGE* NJW 1972, 573 (Art. 12 Abs. 1 GG); *BVerfGE* 71, 183, 189; *Scholz*, Konzentrationskontrolle und Grundgesetz, 1971, S. 56 f.; *ders.* ZHR 132 (1969), 97, 105 ff.

²¹⁶ *Badura/Rittner/Rüthers* (Fn. 106), S. 233; *Dürig*, in: *Maunz-Dürig*, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 46; krit. *Frotscher* JuS 1981, 662, 665.

Die einzelnen Wirtschaftsgrundrechte gewähren einem Gesellschafter im Gesellschaftsrecht nicht nur gegenüber der staatlichen Gewalt, sondern auch gegenüber den Mitgesellschaftern und anderen Privatrechtssubjekten weitreichenden Schutz. Die bestehenden und zumeist auch ohne Rückgriff auf die Grundrechte ausreichenden gesellschaftsrechtlichen Schutzmechanismen erhalten hierdurch eine zusätzliche Rechtfertigung auf verfassungsrechtlicher Ebene. Nur selten

kommt es hingegen im Gesellschaftsrecht infolge grundrechtlicher Vorgaben zu Korrekturen an vertraglichen oder einfachgesetzlichen Regelungen sowie gerichtlichen Entscheidungen. Bei der konkreten Verfassungsmäßigkeitsprüfung ist insbesondere auch der enge Bezug der Wirtschaftsgrundrechte zur Unternehmerfreiheit und der daraus folgende gesteigerte Schutz von unternehmerisch tätigen Gesellschaftern zu berücksichtigen.

Professor Dr. Frank Peters, Universität Hamburg

Grundschuldzinsen

Die Zinsen der Sicherungsgrundschuld sichern auch das Kapital der zu sichernden Forderung. Bei einer üblichen Höhe von 15% p. a. handelt es sich um beachtliche Beträge. Ihrem Wuchern formal mit der Verjährung beizukommen, ist entgegen der neuesten Rechtsprechung des BGH nicht möglich. Geboten und möglich ist vielmehr eine materielle Kontrolle, die daran anknüpft, daß Mißverständnisse des die Grundschuldzinsen bewilligenden Eigentümers nicht hinreichend ausgeräumt werden und daß er unangemessene Nachteile erleidet.

I. Einleitung

1. Die Problematik

Grundbuchlich abgesichert werden Darlehen und andere Zahlungsforderungen regelmäßig nicht durch eine Hypothek, sondern durch eine Grundschuld. Ihre fehlende Akzesorietät macht diese sog. Sicherungsgrundschuld in ihrer Handhabung flexibler und bietet damit nicht nur dem Gläubiger, sondern durchaus auch dem Schuldner Vorteile. Bei ihr wird nun in aller Regel nicht nur eine bestimmte Geldsumme i. S. d. § 1191 I BGB vereinbart und eingetragen, sondern zugleich auch Zinsen auf diese gemäß § 1191 II BGB. Dabei bezeichnet der BGH eine Zinshöhe von 15% als üblich¹, so daß dem Grundschuldgläubiger – bei diesem Zinssatz – nach einem Jahr eine Sicherheit von 115% zur Verfügung steht, nach zwei Jahren von 130% etc. – ein rapides Wachstum.

Das wäre nun nicht weiter bemerkenswert, wenn die Zinsen der Sicherungsschuld ihrerseits nur die Zinsen der zu sichernden Forderung absichern würden. Wenn letztere planmäßig bedient wird, würde die Absicherung des Zinsanspruchs durch die Grundschuldzinsen leerlaufen². Wenn aber nicht ordentlich gezahlt wird, wäre die Absicherung der auflaufenden Zinsen nicht zu beanstanden.

Aber die Zinsen der Grundschuld werden regelmäßig nicht mit einer solchen einschränkenden Zweckbindung vereinbart, wie sie durchaus möglich wäre. Für den Normalfall, in dem der Sicherungszweck der Grundschuldzinsen nicht eingeschränkt ist, trifft deshalb die ständige Rechtsprechung

des BGH³ zu, daß die Grundschuldzinsen zugleich auch das Kapital der zugrundeliegenden Forderung absichern. Umso bedrohlicher ist dann aber das eingangs angesprochene Wachstum. Bei dem unterstellten Zinssatz von 15% sind 200% nach sieben Jahren erreicht, und Grundschulden haben oft eine außerordentlich lange Lebensdauer; sie werden ja vielfach z. B. zu Beginn einer langfristigen Bankverbindung bestellt. Schon der Privatmann, der nur ein Hausgrundstück erwirbt und die damit verbundene Verschuldung durch eine Grundschuld absichert, wird sich erst nach langen Jahren von der finanzierenden Bank verabschieden können.

2. Gebot der Abhilfe

Das ruft nach Dämmen. Zwar ist es richtig, daß die Grundschuld und ihre Zinsen nur in dem Umfang in Anspruch genommen werden dürfen, in dem auch die gesicherte Forderung – nebst ihren Zinsen – besteht, aber das ist schon für den Eigentümer ein schwacher Trost, der mit dem Schuldner identisch ist und damit den Zahlungsfluß steuern kann. Zahlt er als solcher korrekt, vermeidet er zwar den Eintritt des Sicherungsfalles, fördert aber eben das Anwachsen der grundpfandrechtlichen Sicherheit, wodurch nachrangige Grundpfandrechte in ihrem Wert gefährdet werden und die Eignung des Grundstücks für neue Belastungen schwindet. Außerdem fehlt es oft an der Identität von Grundstückseigentümer und persönlichem Schuldner: Die Grundschuld zugunsten des schuldenden Ehemannes, Sohnes, Unternehmens.

3. Mittel der Abhilfe

Freilich stellt sich die Frage, aus welchem Material die Dämme gebaut werden sollen.

a) In Abkehr von ihren bisherigen Grundsätzen sieht die Rechtsprechung neuerdings ein probates Hilfsmittel in der Verjährung: Der Eigentümer könne sich auf den Ablauf der vierjährigen Frist des § 197 BGB auch dann berufen, wenn der Sicherungsfall noch nicht eingetreten ist⁴. Bislang war – ebenfalls höchstrichterlich⁵ – die Auffassung vertreten worden, daß bis hin zum Eintritt des Sicherungsfalles § 202 I

¹ BGH ZIP 1999, 1843, 1844 („15% jährlich und mehr“).

² Freilich würden die Zinsen der Grundschuld den werthaltigen Bereich des Grundstücks immer weiter ausschöpfen; von Zeit zu Zeit müßte eine Freigabe erfolgen.

³ BGH WM 1982, 839, 841; 1992, 1497, 1500; ZIP 1993, 257, 258; 1995, 1973, 1976; 1999, 1883, 1885. Freilich könnte eben die Sicherungsvereinbarung auch anders, einschränkend gefaßt werden.

⁴ BGH (XI. Zivilsenat) ZIP 1999, 1883.

⁵ BGH (IX. Zivilsenat) ZIP 1993, 257, 258; 1995, 1973, 1976.